



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO – FD
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÉSSICA GUERRIERI SABOYA EIDT

**ABORTO, MODERNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO
DEBATE SOBRE O PLS 236/2012 NO SENADO FEDERAL**

BRASÍLIA

2013

JÉSSICA GUERRIERI SABOYA EIDT

**ABORTO, MODERNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO
DEBATE SOBRE O PLS 236/2012 NO SENADO FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, na Universidade de Brasília, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

BRASÍLIA
2013

JÉSSICA GUERRIERI SABOYA EIDT

**ABORTO, MODERNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DO
DEBATE SOBRE O PLS 236/2012 NO SENADO FEDERAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como exigência parcial para
obtenção do grau de bacharelado em Direito,
na Universidade de Brasília, sob orientação do
Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira.

Data da defesa: 05 de dezembro de 2013

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

UnB

Prof^a. Dra. Cláudia Rosane Roesler

UnB

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues

UnB

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso visa a analisar a juridicidade da intervenção do discurso religioso na esfera pública institucional brasileira nos debates ocorridos no Senado Federal sobre Projeto de Lei do Senado número 236/2012 (anteprojeto do novo código penal) em torno dos artigos que tratam sobre o aborto (125/128). Essa análise será feita sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que preconiza que nas sociedades modernas-plurais os sistemas sociais da religião, da política e do direito não deverão interferir uns nos outros, por cada um ter sua forma operacional diferenciada. Por outro lado, o discurso religioso também será analisado com base na teoria discursiva-democrática de Habermas. Por fim, o tema do sagrado dentro do discurso religioso anti-aborto será combatido pela teoria de interpretação do direito como integridade e sob a ótica da liberdade como princípio essencial nas democracias modernas.

Palavras-chave: Discurso; Religião; Política; Aborto; Democracia; Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

1. Introdução	6
2. Análise da intervenção dos argumentos religiosos na política sob a ótica da teoria dos sistemas de Luhmann	9
2.1 Diferenciação sistêmica	9
2.2 Discurso religioso na esfera política como corrupção sistêmica.	12
3. Sociedade democrática e teoria discursiva	21
4 Democracia e os compromissos da comunidade política com liberdade e igualdade	28
5 Conclusão	39
6 Referências	41
ANEXOS	43
ANEXO A	43
ANEXO B	62
ANEXO C	64
ANEXO D	66
ANEXO E	71
ANEXO F	73
ANEXO G	74
ANEXO H	76

1 Introdução

Em 2012 foi autuado no Senado Federal sob a designação de Projeto de Lei do Senado (PLS) número 236/2012 o anteprojeto do novo código penal brasileiro elaborado por uma comissão de juristas ligada ao Ministério da Justiça. Dele constam alguns artigos inovadores como os que possibilitam a realização do aborto e da eutanásia, e a criminalização da homofobia.

Diante da polêmica envolvida nesses artigos, o gabinete do Senador Pedro Taques recebeu ao longo do último ano inúmeras cartas tanto de senadores (as), como de cidadãos e cidadãs, organizados ou não em movimentos sociais com posições favoráveis, ou contrárias a esses dispositivos.

Com relação ao aborto, tendo em vista que o artigo 128 do PLS se aprovado, criaria a possibilidade de sua ocorrência até a décima segunda semana de gestação, foram enviadas várias propostas de emenda ao PLS para que esse artigo fosse modificado ou extinto. Para melhor exemplificar, transcreve-se abaixo esse artigo.

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, 58incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Por tratar-se do aborto um tema muito complexo, de tem grande relevância para as religiões cristãs predominantes no Brasil (católicos, evangélicos, espíritas), as cartas enviadas sobre esse assunto são impregnadas por argumentos religiosos. Nota-se que, em geral, quando se defende veementemente a alteração no anteprojeto do Código Penal, para a exclusão do artigo que despenaliza o aborto, há a defesa da vida humana do embrião como algo absoluto, como algo sagrado, capaz de por si só, excluir qualquer autonomia de vontade por parte da mulher grávida.

Tendo em vista que em uma sociedade democrática plural, a opção religiosa certamente não será escolhida por todos e que por isso o Estado deve ser laico, causa certo estranhamento toda essa invasão do discurso religioso na esfera pública.

Em razão disso, este trabalho visa a estudar a presença do discurso religioso na esfera pública no trâmite do PLS 236/2012, por meio da análise de trechos de cartas¹ com sugestões de emendas referente ao artigo que trata do aborto enviadas ao Senador Pedro Taques por outros senadores, por grupos da sociedade civil e por meio do relatório elaborado por esse Senador, sobre o anteprojeto do Código Penal.

O tema será analisado sob a ótica das teorias sociológicas do direito de Niklas Luhmann e Habermas e sob a ótica da teoria normativa de Ronald Dworkin.

Tendo por escopo a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que explica como se desenvolvem os sistemas sociais e quais são suas características, será analisado como nas democracias modernas não deveria ocorrer a interferência do sistema da religião nos sistemas do direito e da política, ambos envolvidos na produção legislativa.

Isso porque, com a modernidade, os sistemas sociais se dividiram funcionalmente, possuindo cada um seu código próprio (sistemas operacionalmente fechados), que não será compreendido pelos demais. Por conseguinte, quando há uma tentativa de intromissão de um sistema no outro, haverá corrupção sistêmica e, com isso, prejuízo para o funcionamento dos sistemas sociais e da democracia.

¹ Entre todas as cartas enviadas entre o período de 08/08/2012 e 18/10/2013, foram selecionadas as oito mais adequadas à análise que será feita.

Luhmann analisa a sociedade por meio da análise dos sistemas sociais, que terão seu funcionamento próprio, isso é muito importante para explicar como eles se desenvolvem (qual a sua lógica operacional). Mas essa análise é ao mesmo tempo limitada, porque afasta de seu objeto de estudo a investigação de como a sociedade interferirá no desenvolvimento dos sistemas².

Essa é a razão pela qual o segundo Autor a ser trabalhado nesta monografia sobre o PLS 236/2012 será Habermas³, para quem o direito atual, distante de fundamentos metafísicos, tem sua validade legitimada pela facticidade - comportamento social - , que se expressará pela comunicação, ao mesmo tempo em que a influenciará.

Será analisado como em uma sociedade plural, de pessoas livres e iguais, os argumentos religiosos, que não são compartilhados por todos, no espaço público formal, devem ser traduzidos, “secularizados”, sempre que possível, para que possam ser compreendidos. Tal ocorre porque a comunicação, que é traço fundamental na democracia habermasiana não ocorrerá quando as pessoas não se compreenderem.

Por fim, a questão do discurso religiosa na proibição do aborto será analisada na teoria constitucional de Ronald Dworkin. Será observado, pela análise do direito como integridade, como a criminalização do aborto que o discurso religioso tenta manter não é a solução mais adequada diante do cenário constitucional brasileiro. Isso porque, resumidamente, essa interpretação representa a imposição de uma maioria religiosa afastando a liberdade e a igualdade, direitos fundamentais das mulheres.

² Isso é confirmado pelo trecho seguinte: “[...] nuestra teoría parte de la afirmación de que el sistema del derecho es un sistema parcial (subsistema) del sistema de la sociedad. [...] De la misma manera, en abierto contraste con los análisis científicos usuales sobre el derecho, no interesan en primer lugar las influencias que ejerce la sociedad sobre el derecho.” (Luhmann, 2003, p. 21)

³ Sabe-se que Luhmann e Habermas têm visões distintas sobre o funcionamento da sociedade, por Luhmann tratar os sistemas sociais afastado da realidade da sociedade, ao mesmo tempo em que Habermas aproxima a normatividade do direito da facticidade social. Por isso, o pretendido é a utilização dessas duas análises de forma complementar.

2. Análise da intervenção dos argumentos religiosos na política sob a ótica da teoria dos sistemas de Luhmann

2.1 Diferenciação sistêmica

A interferência do discurso religioso no processo legislativo de regulamentação do aborto deve ser analisada, sob a ótica da teoria dos sistemas de Luhmann, como um fato que envolve três sistemas: o da religião, o do direito e o da política.

Para Luhmann, no decorrer da história, as estruturas sociais foram se modificando e se segmentando, por processos de diferenciação (CORSI; ESPOTASIO; BARALDI, 1996, p. 58). O último desses processos foi o da diferenciação funcional, atingido na modernidade, quando os sistemas sociais alcançaram um alto grau de diferenciação e começam a se enxergar pela lógica “sistema-entorno”, passando um sistema a ser entorno do outro.

Nessa fase, os sistemas têm um alto nível de clausura operacional, isto é, cada sistema terá seu código próprio - sistema do direito: direito/não direito; sistema da política: poder/não-poder; sistema da religião: imanente/transcendente -, reproduzindo-se (aumentando sua complexidade) por suas próprias estruturas, ao mesmo tempo em que são cognitivamente abertos, por acoplamentos estruturais.

Em razão de cada sistema funcionar somente pelo seu código, o código do ambiente (outros sistemas) não será compreendido, serão ruídos. Assim, o direito e a política não compreenderão o código da religião, e não poderão se desenvolver (reproduzir) utilizando esse código.

No estudo histórico de Luhmann, o direito e a política já eram sistemas parcialmente distintos desde a Idade Média, porque o sistema jurídico era sustentado pelo direito natural, fora de questões políticas.

O direito também não estava ligado à religião, porque havia uma separação entre o direito canônico e o direito civil. A não separação total entre esses sistemas e o sistema da religião justificava-se pela integração “*dentro de um mesmo contexto de interpretação: de súbito, questões de religião e moral se convertiam em questões jurídicas e podiam ser discutidas sobre esse terreno*” (LUHMANN, 2003, p. 294, tradução nossa), e por não haver grandes diferenças comunicacionais (de código) entre o direito e a política.

O fechamento operacional entre os sistemas do direito e da política somente se concretizou com a Revolução Francesa e a instituição do “Estado de Direito”, fundado no direito e na liberdade, em que o

Estado era simultaneamente uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que se limitava pelo direito: pela imposição e o subsequente desenvolvimento jurídico, pela adaptação às transitórias circunstâncias sociais aos fins políticos realizáveis. (LUMANN, 2013, p. 297, tradução nossa)

Com a separação entre esses sistemas, as constituições modernas assumiram um papel importante, de serem ao mesmo tempo uma reação à diferenciação total entre direito e política, e a necessidade de religação entre ambos (LUHMANN, 1990, p. 3). Nessa esteira, a constituição é ao mesmo tempo jurídica e política.

A despeito disso, a constituição se auto-limitará, não se submetendo ao código direito/não-direito, nem ao poder/não-poder. O direito e a política se limitarão mutuamente, pois a estabilidade normativa do direito dependerá da política, ela será quem determinará algo que possa ser razoavelmente aceito por todos, e a política utilizará o direito para diversificar o acesso ao poder politicamente concentrado⁴. O direito é um instrumento fundamental para o alcance dos fins políticos (LUHMANN, 2013, p. 6).

Com relação ao procedimento legislativo - produção política do direito, lugar de delimitação entre os dois sistemas -, o direito o regulamenta, podendo limitar os desígnios políticos materialmente, pelos direitos e garantias individuais e, formalmente, pela necessidade de adequação a certas formas.

A Revolução Francesa, além de ter sido importante na separação do direito e da política, também desempenhou papel importante nas distinções entre direito e moral, direito e religião e moral e religião.

Nesse período, quando se tornou “*evidente que já não era possível consenso entre os critérios de uso da razão e da moral*” (LUHMANN, 2013, p. 297, tradução nossa)⁵, houve forte ascensão do pluralismo social e, por conseguinte, o direito, para se manter como ordenamento geral da sociedade, não mais poderia ser preenchido pela religião, ou pela moral.

Dentro do sistema do direito, após sua diferenciação, como condição de sua autonomia e estabilidade, não pode ser imposta legalmente a moral de um indivíduo, ou de um grupo, porque a moral não permite que o direito respeite a pluralidade que ele deve

⁴ A diferenciação entre os sistemas do direito e da política fez-se necessária no contexto da modernidade, em que era necessário que o direito menos influenciável politicamente pudesse garantir o direito a oposição.

⁵ O direito deve ser válido racionalmente.

respeitar, para sua validade. A moral é uma obrigação interna e o direito uma obrigação externa.

É importante ressaltar a relevância da constituição moderna na separação entre os sistemas do direito e da moral, porque é ela quem retira do direito sustentáculos naturais, metafísicos, ou morais, que o sustentavam na fase do jus-naturalismo.

A diferenciação funcional do sistema da religião⁶ começa quando a sociedade se complexifica a ponto de haver uma oposição à religião⁷, que torne necessária a distinção entre esta e os demais sistemas, por meio de codificação própria. Essa diferenciação do sistema da religião teve a secularização como uma importante fase.

No processo de secularização – que para Luhmann é multidimensional, repercute em vários sistemas – a intolerância migrou da religião, que anteriormente ocupava a esfera pública, para a política, ao passo que o simbolismo religioso passou para a estética (LUHMANN, 2000, cap. 8, p. 3). No início desse processo, como a religião não consegue estabelecer um código próprio, há uma tentativa de junção com a moral⁸, por ela, assim como a religião, fazer julgamentos em lados opostos, um bom e um ruim, e ambas pretenderem dar uma explicação universal para o mundo, para todos os sistemas.

Quando a religião era única, no sentido hegemônico, a religião e a moral sustentavam-se como uma só. Contudo, a reforma protestante quebra essa hegemonia da religião católica, dividindo-a em várias religiões cristãs, e a moral passa a ser um conceito mais individual de explicação do mundo e a religião tem que novamente se adaptar, em busca de um código próprio.

Além disso, na época da Revolução Francesa, quando se percebe que entre a moral e a razão não há mais consenso, a religião subordina-se à moral, limitando o fanatismo, para a implementação de uma sociedade tolerante (LUHMANN, 2000, cap. 2, p. 34).

Nesse mesmo momento, com a ascensão da individualidade (inclusão dos indivíduos), as pessoas passam a se ver menos como um projeto de Deus, e passam a buscar o seu Deus, de acordo com suas convicções individuais. Desse modo, há a privatização da

⁶ Como o objeto deste estudo será a intervenção das religiões cristãs nos sistemas do direito e da política, o estudo do sistema da religião será feito sob o enfoque das religiões cristãs da Europa ocidental.

⁷ “*Secularization is therefore a concept that belongs to a society whose structures suggest polycontextural observation – and which thus demands prior decisions about acceptance or rejection (itself a second-order contexture).*” (LUHMANN, 2000, cap. 8, p. 5)

⁸ “*En cuanto traducción – hobbesianamente rigurosa – de las prerrogativas teológicas en prerrogativas Morales o mundanas, la secularización, originariamente realizada por el derecho público, no era todavía profanación, sino más bien neutralización del conflicto religioso a través de conflicto de la instauración de un nuevo orden no ya confesional, sino integralmente civil e político.*” (MARRAMAO, 1998, p.78)

religião e, nas palavras de Luhmann, “*a mão de Deus no mundo torna-se invisível e o mundo começa a andar por si*”⁹ (2000, cap. 8, p. 6. tradução nossa).

É a diferenciação total dos sistemas, quando à religião não é dada a possibilidade de intervenção no direito, nem na política, que possibilita a liberdade de religião, contexto no qual poderá ocorrer liberdade de crença individual, bem como a liberdade de não crer. Assim, a liberdade de crer somente poderá ocorrer quando há liberdade religiosa, porque do contrário, sempre haverá um grupo oprimido, que se submeterá a religião da maioria¹⁰.

Portanto, uma sociedade democrática somente pode ser pensada sob a ótica de sistemas sociais diferenciados, em que argumentos religiosos, mesmo de uma maioria, não poderão servir para a exclusão de nenhum cidadão, seja através do direito ou da política, porque esse sistema não poderá ingressar livremente dentro dos demais.

2.2 Discurso religioso na esfera política como corrupção sistêmica.

Após a diferenciação dos sistemas, cada um funcionará por si, com seu código e suas estruturas, não podendo interferir nos demais, sob pena de corrupção sistêmica. A interação possível entre os sistemas ocorrerá por meio da comunicação, quando um sistema consegue compreender a informação que outro sistema lhe passou. Nesse processo, um sistema emite uma informação, que será captada por outro sistema, como uma distinção, algo que faz parte de seu entorno, e que lhe provocará modificações.

No momento em que a informação é captada, ela deixa de ser informação e passa a integrar as operações do segundo sistema, razão pela qual não mais poderá ser reconhecida como uma nova informação, para um novo ingresso no sistema. Devido ao fato de os sistemas somente compreenderem o seu código específico, a informação somente existirá para eles se vier em seu código. Por exemplo, o sistema do direito somente compreenderá a informação que possa ser entendida pelo código direito/não-direito. Quando assim não ocorrer, não haverá comunicação, apenas ruídos.

O sistema do direito está aberto cognitivamente a receber casos reais, que serão tratados dentro da ótica direito/não-direito, que, não admitirá intervenções morais, culturais, ou religiosas. Esse raciocínio deve ser respeitado pelos tribunais, para que haja julgamento

⁹ Máxima atribuída a Jean Claude Marie Vincent de Gournay.

¹⁰ No mesmo sentido: “*El derecho fundamental a la libertad de conciencia y a la libertad de religion es la respuesta política apropiada a los desafíos del pluralismo religioso.*” (HABERMAS, 2006, p. 127).

com imparcialidade, um juiz não pode basear suas decisões em argumentos pessoais, que remontem a questões religiosas, porque se isso ocorrer haverá corrupção sistêmica.

Para Luhmann, as leis, no sentido mais genérico em que esse termo pode ser compreendido, assim como sua criação, estão sempre em uma situação de contingência, limitadas por sua adequação ou não ao direito. O único elemento dentro do sistema do direito que não estará nessa situação será a Constituição.

Assim, a intervenção da religião, que não faz parte do sistema do direito, no processo legislativo não se coaduna com o sistema jurídico, representando uma forma de corrupção sistêmica.

No discurso parlamentar sobre a legalização do aborto pelo novo Código Penal, há uma clara tentativa de intervenção da religião no direito, por meio da concessão de direitos fundamentais ao feto, como se fossem direitos constitucionais, quando na verdade trata-se de valores de um grupo, que não devem predominar *a priori* sobre nenhum dos outros grupos do Estado democrático de direito. Para ilustrar, segue abaixo transcrição de trecho do parecer elaborado pelo Senador Pedro Taques¹¹.

A superação do positivismo jurídico em nossos dias significa exatamente que o Direito e sua linguagem não são uma dimensão isolada dos demais segmentos da realidade, especialmente quando se trata dos valores constitucionalmente contemplados. Considerar juridicamente morto quem está vivo só seria possível em um regime de arbítrio, onde a norma jurídica positiva fosse válida por si, independente de sua vinculação com a garantia dos direitos fundamentais da pessoa. (Anexo A)

Como afirmar de pronto que o feto é um ser vivo para o direito, sendo sujeito de direitos¹²? O que se pretende no parecer do senador Pedro Taques é a proteção do feto desde a concepção, como se isso fosse óbvio no direito brasileiro. Não é, trata-se de uma questão controversa dentro do direito¹³ estando por isso, aberta ao debate.

Assim, não há como lidar dentro do direito com o pressuposto de que a vida começa com a concepção. Diante das incertezas apresentadas, o assunto deve ser posto em

¹¹ Pela análise desse trecho do parecer do Senador Pedro Taques chega-se a conclusão de que há uma intervenção direta do sistema da religião na política, porque quem está se manifestando é membro do poder legislativo, que em seu de político, utiliza de argumentos religiosos.

¹² O que se pretende demonstrar aqui é que será melhor aprofundado na com a análise de Dworkin é que apesar de feto já constituir um organismo vivo, uma expectativa de um ser humano, não há consenso sobre a partir de quando ele seria um sujeito de direito.

¹³ Ao mesmo tempo em que se permite a pílula do dia seguinte, que pode atuar após a concepção, utiliza-se do argumento de início da vida nesse momento para criminalizar o aborto.

debate, não se tornar fechado em convicções morais de fundo religioso, que pretendem encerrar a discussão.

Mas é justamente o encerramento do debate que demarca que o sistema da religião está se imiscuindo na esfera pública. Isso porque o sagrado – transcendente - não abre espaço para o debate, fecha o debate em torno de si próprio.

A colocação da vida humana dentro da moldura do sagrado é útil para a religião, porque tende a manter a posição da vida sob um pedestal inalcançável¹⁴ (LUHMANN, 2000, cap. 7, p. 4). Isso porque, o sagrado é aquilo que é misterioso, que é perceptível e imperceptível ao mesmo tempo, que deve ser mantido em segredo, ao mesmo tempo em que ele é um segredo¹⁵, que é possível saber da existência, mas impossível conhecê-lo profundamente.

Ademais, o sagrado também é absoluto, não há nenhum argumento racional, que seja capaz de combatê-lo, de forma que sempre quem o discrimina, ou não crê o fará não por uma opção consciente, mas sim porque não o conhece. Volta-se a questão da exclusão, fala-se que é impossível que haja alguém contrário.

Em torno do sagrado as religiões se fecharão, pretendendo que há dentro delas uma unidade - na verdade inexistente, é por isso que é importante a limitação das possibilidades de interpretação do sagrado, pois se elas forem muitas e de fácil modificação com o tempo, a religião pode perder a sua credibilidade, é por isso que é tão difícil se abrir mão da sacralidade da vida.

Assim, resta claro que quando se fala da vida humana como algo absoluto dentro do sistema do direito, em que não há dentro de si uma definição clara de quando seria o início da vida, há clara invasão da religião nesse sistema, para que ele atinja fins que a ela são convenientes.

De acordo com Luhmann, a norma jurídica deve ser válida por si, vinculando-se ao próprio direito, não a valores comunitários, que, agregados ao direito de forma aleatória, como pretende o senador, representam um regime de arbítrio.

Luhmann defende que a validade do sistema jurídico está em uma forma, não em uma norma (LUHMANN, 2013, p. 70) e, no contexto do estado de bem estar social, deve

¹⁴ Para os crentes a vida humana é sagrada, isto é, não é necessário mais nenhum argumento, não há discussão. E esse discurso não muda nem quando se vai a esfera pública: “*NASCITURO: não concordamos com o ABORTO em nenhuma hipótese, pois Deus é o Senhor da vida e da morte. Queremos que a VIDA seja garantida desde a CONCEPÇÃO e seja considerado crime, o ABORTO, em qualquer fase, sem exceções;*” (Anexo B)

¹⁵ Nesse sentido, importante a percepção de Dworkin de que “*parte do significado do sagrado é a noção de tabu*” (2009, p. 209)

prezar pela inclusão dos indivíduos, tendo por base a igualdade, que para o autor resume-se na máxima de “*tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de maneira desigual*”.

Nesse sentido, defende-se, com base nas diferenças biológicas entre o feto e um ser humano já formado, bem como a capacidade volitiva e a sensibilidade de ambos, que há diferença entre esses dois entes, e que, por isso, o tratamento dado à vida humana plenamente formada e ao feto devem ser diferentes, por tratarem-se de situações distintas, em que a igualdade de tratamento representa uma exclusão¹⁶.

Outro argumento que é utilizado para inviabilizar a legalização do aborto pretendida no projeto inicial de lei do novo Código Penal é a proteção constitucionalmente dada ao nascituro desde a concepção e que se isso permitisse alguma exceção, esta deveria estar na Constituição.

Nesse sentido, segue o trecho abaixo, do parecer elabora do pelo Senador Pedro Taques sobre a impossibilidade de continuar constando do Anteprojeto do Código Penal a legalização do aborto.

Com efeito, ainda que a questão jurídica relativa à vida seja permeada de polêmicas, com alguns defendendo, inclusive, a ideia de “vida juridicamente relevante”, é preciso considerar que, em sua expressão literal, a Constituição se limita a declarar a proteção e inviolabilidade da “vida” sem adjetivos. Esse conceito, em face do seu elevado valor constitucional, não admite interpretações restritivas nem balizas temporais, especialmente quando manifesta compatibilidade entre o que determina a Constituição formal e a vontade da maioria do povo brasileiro – alma do fenômeno constitucional em sua dimensão política e sociológica, fonte maior de legitimidade democrática que não pode ser ignorada pelo legislador ordinário. Na realidade, a expressão “vida desde a concepção” (por vezes, constantes de documentos jurídicos garantidores de direitos) não passa de redundância já que após a concepção, já vislumbra a energia vital, característica da anima apta a caracterizar um novo ser humano. (Anexo A)

Trata-se de argumento falacioso por si, porque a situação de abertura constitucional com relação ao termo inicial da vida é tamanha que, quando da sua elaboração, chegou a se tentar colocar a proteção da vida desde a concepção, o que acabou não

¹⁶ Essa mesma crítica ode ser feita com relação ao discurso para a criminalização do aborto dentro do sistema da política, porque ela também tem por fim a inclusão de acordo. Nesse sentido, “*os militantes pró-vida, a pretexto de defender uma proteção da vida, acabam por negar a “existência real e prioritária de um indivíduo cujos direitos humanos adquiridos são anteriores àqueles d um ser potencial, que só se tornará viável a partir do desejo e engajamento bio-psico-fisiológico desta mulher*”. (A legalização do aborto e a concretização de garantias fundamentais: O direito à saúde e à maternidade voluntária, artigo desenvolvido por Mayra Cotta Cardozzo de Souza, 2012, p. 6)

ocorrendo¹⁷. Além disso, de acordo com Luhmann, o originalismo é uma falácia porque a constituição é “atemporal”, estará aberta a modificações futuras, ao mesmo tempo em que guarda em si a historicidade de uma comunidade. É uma ponte que faz a ligação entre o passado e o futuro.

Em razão do exposto, chega-se a conclusão de que não há como na modernidade impor-se por meio do direito, sistema que tem toda uma dinâmica de funcionamento própria, critérios morais, que não podem ser retirados do código direito/não direito.

No sistema político, decisões que vincularão todos os cidadãos são tomadas por um soberano e a oposição a elas cria a oposição ao soberano, dando origem ao código governo-oposição (poder/não-poder). No campo de decisões políticas, como o projeto de lei em questão, há uma tentativa da religião de ingresso no sistema da política, por meio da criação da dialética de governo/oposição, tendo por base argumentos religiosos. Veja-se abaixo:

Atenção povo do MT, o relator é do estado de vocês. Diga para o senador Taques que o seu eleitorado não votará nele se aprovar em seu relato da reforma do Código Penal o crime de homofobia, aborto, eutanásia, terrorismo pedofilia, [...] Vocês precisam exercer pressão em cima deste senador e a arma é o voto dos eleitores. Vejam abaixo a reunião em que participe: O presidente do Senado José Sarney e Senadores que trabalham em prol da cultura de morte estão querendo aprovar a reforma do Código Penal ainda este ano (Anexo C)

O trecho acima foi retirado de uma das cartas enviadas ao Senador Pedro Taques, relator do PLS 236/2012. No restante da carta, a autora, missionária, conclama que os religiosos se unam para impedir a aprovação dos vários artigos do PLS que tratam dos assuntos acima referidos. Diante disso, pode-se observar claramente a entrada de argumentos sagrados na política, por meio da seguinte estrutura: “se o político não atuar de acordo com as minhas crenças religiosas, eu não votarei nele”.

Pelos discursos ocorridos no Senado aqui tratados percebe-se que quem é contrário ao projeto com relação ao aborto ignora que se está diante de uma decisão política, que determinará o desenvolvimento da sociedade, analisa a situação somente do ponto de vista da validade intrínseca da vida, que está embasada em argumentos religiosos, e utiliza

¹⁷ Trecho de uma sugestão de texto feita por um cidadão à constituinte: “Por ser suprema dom de Deus, toda vida humana deve ser preservada desde o primeiro instante da concepção, sustentada, valorizada e aprimorada. A pena de morte é injustificável, dentro de uma visão mais abrangente da condição humana.” (<http://www.senado.gov.br/legislacao/BasesHist/asp/consultaDetalhamento.asp>, acessado em 20/11/2013)

isso como uma ameaça a política. Essa conduta não deveria ocorrer dentro de uma ótica de sistemas distintos, mas não poderá ser considerada como uma corrupção sistêmica, porque com base em argumentos religiosos produz-se uma comunicação política, que assim sendo, poderá transitar livremente nesse sistema.

Talvez isso possa ser visto como uma falha na democracia luhmanniana, porque permitiria, ainda que indiretamente, a intervenção da religião na esfera política.

O sistema da religião, que se reproduz pelo código imanente/transcendente, faz com que o que está dentro da religião seja canonizado pela própria religião e quem questiona isso seja marginalizado¹⁸ (LUHMANN, 2000, cap. 2, p. 2). Um exemplo desse discurso excludente dentro da Discussão do PLS 236/2012 é a carta da Liderança Evangélica Brasileira ao Senado Federal:

Acreditamos que não existe aborto sem morte, pois o aborto é, por essência, a eliminação da vida de uma criança em gestação. Para negar isso, fazem-se malabarismos com a lógica para tentar mostrar que não se trata (ainda) de um ser humano. A tese é insustentável, e por isso os defensores do dito "direito ao aborto" tem pavor das imagens desses pequenos bebês de apenas poucos centímetros, mas já visivelmente humanos, movendo-se em vídeos na internet ou esfaqueados pelos instrumentos usados no aborto. **Ninguém** gosta de ver estas últimas imagens, mas elas constituem um eficaz "choque de realidade". Qualquer criança identifica ali um semelhante. (Anexo D, grifos nossos)

Os escreventes dessa carta tentam explicar como é impossível – exclusão- que alguém continue sendo contra o aborto mesmo após ver fetos abortados, trata-se de uma mentira. Quem é favorável à legalização do aborto, o é por razões diversas, que podem até desconsiderar o estágio de desenvolvimento do feto. O que se pretende por meio dessa argumentação é a exclusão de determinadas pessoas do ambiente político, o que não deveria ocorrer em um ambiente democrático.

Essa exclusão ocorre, porque conforme já exposto, dentro da religião estará o sagrado (transcendente) que, sendo absoluto, será excludente.

A religião tendo o sagrado dentro de si, apresentará na comunicação a diferença entre o que é observável e o que não é, sendo ambos, lados distintos da mesma coisa (LUHMANN, 2000, cap. 2, p. 19) - imanente e transcendente.

¹⁸ Nesse ponto é bem interessante o uso de expressões nas cartas e em discursos parlamentares “a favor da vida”, que há repetição de expressões como “a sociedade brasileira não quer o aborto”, “não há ninguém que seja a favor da morte dos fetos”, etc. há uma nítida exclusão dentro do discurso religioso, na religião fundamentado, das pessoas que pensam de diversa.

A religião poderá ver o mundo e descrevê-lo sob sua ótica da transcendência, podendo analisar todos os demais sistemas. A comunicação religiosa se caracteriza pela temática envolvida, como afirma Luhmann (2000, cap. 2, p. 19 tradução nossa): “*Eventos nesse mundo não recebem um sentido religioso até que sejam vistos pela perspectiva da transcendência. Mas a produção de sentido por si é também a específica função da transcendência, e isso não existe dentro ou fora dela*”¹⁹. Disso pode-se observar que é a religião quem irá decidir o que é religioso e até onde pode ir.

Assim, a religião se manifesta de maneira policontextual, pois pretende estar em todos os sistemas, oferecendo uma explicação transcendente para tudo²⁰. Em razão disso, haverá uma dificuldade para os crentes em aceitar que a moral não deve estar vinculada à religião, razão pela que muitas vezes tentar-se-á se impor a religião por meio da moral.

Além de o sistema da religião ter como característica fornecer explicações cosmológicas, o que facilita as pessoas quererem colocar conceitos religiosos na vida de todos, há a compreensão de que quando uma pessoa viola o sagrado, mesmo que ela não acredite na existência dele, sua conduta colocará a sociedade inteira em risco, porque todos devem prezar pelo respeito ao sagrado. Eis mais uma dificuldade de manter a religião fora da esfera pública²¹.

Quando há a diferenciação dos sistemas e a religião passa a ser individualizada, tem-se um ponto a partir do qual a religião não poderá ser imposta pelo direito, ou pela política. Isso porque a separação entre os sistemas foi o que possibilitou a individualização da religião e o que permite que haja liberdade de religião. Somente a liberdade de religião permite que a religião seja exercida²² (LUHMANN, 2000, cap. 8, p. 14).

Somente com a liberdade religiosa poderá existir uma sociedade democrática, plural, de inclusão dos cidadãos²³. Em uma sociedade como essa, mesmo que a religião aumente o número de seus adeptos e que por isso quera avançar nas instituições democráticas, isso não deverá acontecer, porque os crentes e não-crentes devem ser

¹⁹ Nesse sentido: “*the ambition of religious coding appears to move in the direction of juxtaposing every distinction that can be used in observation (recognition, imagination, action, etc.) with its countervalue of transcendence.*” (LUHMANN, 2000, cap. 3, p. 9)

²⁰ Sentido universal da religião – “*Universality implies that religious problems can appear in every communication, even in the context of specifically organizational operations or those assigned to the function systems of economy, science, law, politics and so on.*”, (LUHMANN, 2000, cap. 3, p. 23)

²¹ No mesmo sentido ver: “[...] *religious beliefs are deemed to have a cognitive content that is of potential relevance for everyone.*” (HABERMAS, apud COOKE, 2007, p. 225)

²² Os fundamentalistas na tentativa de tentar impor a religião a todos os cidadãos, em um sentido oposto ao da secularização, se esquece que foi a secularização que possibilita o fundamentalismo.

²³ Inclusão: “*modo no qual uma sociedade permite aos indivíduos serem pessoas e portanto participar da comunicação*” (CORSI, ESPOTASIO, BARALDI, 1996, p. 92, tradução nossa).

“socialmente aceitos e dotados de capacidade comunicativa” (LUHMANN, 2000, cap. 3, p. 26, tradução nossa) .

Outra dificuldade que existe na separação da religião dos outros sistemas sociais é que esse sistema, quando vê que está se diferenciando, e com isso, perdendo espaço na sociedade, tenta encontrar meios de permanecer como padrão, generalizando suas estruturas simbólicas²⁴ (LUHMANN, 2000, cap. 8, p. 18). Ao mesmo tempo em que isso ocorre, os símbolos perdem seu significado religioso, para pelo menos grande parte das pessoas: é o que acontece com alguns feriados cristãos, que passaram a ser simples datas de reunião de família. Apesar disso, o limite da generalização e do simbologismo é a religião que dará:

Uma semântica que represente uma necessária generalização terá que renunciar a todas as tradições religiosas, mitos, e textos, e deverá, presumivelmente, não mais se reconhecer como religião. Essa semântica ainda será apta a manter o código da religião usando a distinção entre transcendência e imanência, mas não poderá mais reespecificar esse código usando programas de aceitação geral. **A razão para essa limitação na generalização estabelecer-se sobre a própria religião.** (LUHMANN, 2000, cap. 9, p. 19, tradução nossa, grifos adotados)

Nesse contexto de generalização, Luhmann defende que o afastamento da religião trará um novo significado para a cultura, que passará a ser uma universalidade de interesses diversos (2000, cap. 8, p. 36). A cultura traria dificuldades para a religião manter-se no poder, porque nela estaria claramente demonstrada a existência de outras religiões e isso enfraqueceria o caráter absoluto que cada religião tenta atrair para si, ela demonstraria a contingência da religião como sistema social, dentro de uma sociedade policontextual.

Ao mesmo tempo, parece que a religião tenta se conectar com a cultura, por meio de um historizar-se e mundanizar-se da religião (MARRAMAO, 1998, p. 92), que voltaria a esse contexto de generalização para tentar manter-se. Junto com a secularização, houve a reação da religião de tentar continuar na sociedade secular e é nesse contexto em que surge o fundamentalismo religioso, demonstrado nas cartas acima.

Apesar da diferenciação dos sistemas, Luhmann não afirma que houve exclusão da religião como um importante sistema social. Para ele, mesmo na modernidade, é possível haver movimentos sociais que aproximem a religião da política, com a ressalva de

²⁴ “Secularization then does not entail a loss of religion’s function or significance, but perhaps a (temporarily?) poor adaptation of societal systems.” Nesse sentido, como o direito e a política capturam conceitos religiosos na diferenciação funcional.” (MARRAMAO, 1998, p. 68, 69)

que essa relação ocorrerá dentro dos movimentos e não poderá interferir no funcionamento dos sistemas diferenciados (2000, cap. 5, p. 33)²⁵.

Pelo exposto, está claro que, no contexto da modernidade de sistemas diferenciados, os sistemas não deveriam interferir uns nos outros. Em especial, quando se trata do sistema da religião, que tem dentro de si uma exclusão que não se coaduna com a inclusão democrática que deve estar presente na política e no direito.

²⁵ Essa concepção se aproxima em muito da concepção de Habermas que será esclarecida adiante sobre a possibilidade da religião fazer parte da esfera pública informal, comunicação social, mas não da esfera pública formal, institucionalizada, poder legislativo, como no caso em tela.

3. Sociedade democrática e teoria discursiva

O processo histórico de diferenciação funcional dos sistemas de Luhmann pode ser observado de forma paralela na teoria discursiva de Habermas no processo histórico de modificação na comunicação (elemento relacional) da sociedade, e, com isso, na forma como será a relação entre a facticidade e validade²⁶. Quanto mais complexa (plural) for a sociedade, maior será a tensão entre elas e mais necessária será a comunicação racional para que os cidadãos não entrem em confronto.

Habermas analisa a sociedade²⁷ moderna fora do enfoque da razão prática, e passa a estudar a comunicação para explicar como a sociedade se mantém unida, mesmo após a queda dos elementos que a unificavam, por exemplo o direito natural ou a religião²⁸. Os pressupostos dessa comunicação são

Que os participantes busquem seus objetivos dialógicos (*illocutionary*) sem reservas, que eles enlacen seu consenso ao reconhecimento subjetivo de crítica aos pleitos válidos (*validity claims*) e que eles estejam prontos para assumir as obrigações decorrentes desse consenso e relevantes para interações futuras. (HABERMAS, 1996, p. 4, tradução nossa)

Assim, a razão comunicativa, ou a comunicação racional, é um procedimento que indica formas de os cidadãos se entenderem na esfera pública de uma sociedade plural. Não pressupõe um valor pré-pronto, ou algum ponto de desenvolvimento a que a sociedade deve chegar, somente tenta ensinar como os cidadãos devem se comunicar, quais são suas reclamações válidas - aquelas “*cujas justificações deve pressupor a concordância de uma audiência idealmente expandida*” (HABERMAS, 1996, p. 20, tradução nossa) - para que sociedade se mantenha coesa. Requer-se um comprometimento individual para uma compreensão mútua entre os cidadãos.

A comunicação social ocorrerá por meio de um paradoxo, em que o embate na esfera pública provocará uma instabilidade, um confronto entre os cidadãos, ao mesmo tempo em que mais comunicação será requerida para resolver esse confronto e assim

²⁶ Para maior aprofundamento no tema vide Capítulo 1, tópico 1.2 - Transcendence from Within: Managing the Risk of dissension through lifeworld backgrounds. (HABERMAS, 1996, p. 17)

²⁷ Conceito comunicativo de sociedade: “Lifeworld” – “*The lifeworld is constituted from a network of communicative actions that branch out through social space and historical time, and these live off sources of cultural traditions and legitimate orders no less than they depend on the identities of socialized individuals*” (HABERMAS, 1996, p. 80).

²⁸ Nesse ponto é importante ressaltar que quando há uma menor complexidade social, em uma sociedade em que as pessoas tenham desígnios morais parecidos, a comunicação será menos complexa, porque a linguagem por meio da qual a comunicação se desenvolverá é parecida, com uma maior complexificação social, a linguagem também deverá modificar-se: “*What makes communicative reason possible is the linguistic medium through which interactions are woven together and forms of life are structured*” (HABERMAS, 1996, p. 3/4).

sucessivamente. Essa gradação de comunicação gerará uma maior complexificação do sistema, com a inclusão cada vez maior de pessoas e argumentos.

A normatividade, ao mesmo tempo em que está no meio do conflito social, da disputa entre a facticidade (contexto de disputa social) e a validade (normas impostas), terá um papel importante na coesão social, regulamentará o que a sociedade não consegue resolver sozinha, pela construção de uma sociedade composta por cidadãos livres e iguais, “*cuja integração será baseada simultaneamente na ameaça de sanções externas e na pressuposição de um acordo racionalmente motivado*” (HABERMAS, 1996, p. 8, tradução nossa). Somente esse acordo racionalmente motivado, capaz de ser aceito por todos dentro de uma sociedade racional, é que possibilitará a subsistência do direito.

Assim, percebe-se que a democracia (moderna) habermasiana ocorrerá quando os indivíduos se observarem como livres e iguais, dando uns aos outros crédito de veracidade para suas informações, para que ninguém seja excluído da esfera pública. Por isso, para Habermas a “*força coercitiva da lei deve advir das liberdades individuais*” (1996, p. 27, tradução nossa).

Ao mesmo tempo em que a facticidade interferirá na validade, também ocorrerá o inverso: as normas produzirão uma “facticidade artificial”, por meio da coerção que imprimirão a sociedade. A tensão entre essa facticidade e as normas que a criam produzirá novas normas, em uma relação cíclica.

Nesse contexto, deve-se levar em consideração que o direito é um fenômeno social, conectado a linguagem, que só tem sentido pela compreensão que a sociedade dá para os termos em jogo. Sua validade dependerá de sua aceitação social, de forma que os dois polos – facticidade e validade não são tão opostos assim.

A linguagem que ligará ambos também os tensionará, em virtude da disputa de sentido que pode haver no direito. Quanto mais plural for a sociedade, mais dependerá, para seu controle, dos pressupostos de comunicação.

Em razão disso, as constituições modernas serão uma construção de todos, por meio das interpretações que se farão dela ao longo do tempo. Assim como o direito, ela se modificará de acordo com o que a sociedade espera dela. Como as interpretações serão feitas pela comunicação, elas também deverão respeitar os mesmos pressupostos. Assim, Habermas, juntamente com Luhmann, repudia o originalismo, que pretende afirmar que a vontade da constituição, ou do legislador, deve ser levada em consideração atemporalmente²⁹.

²⁹ Vide página 15.

Porém, diferentemente Luhmann, Habermas preconiza que o direito terá influência social, que ocorrerá em um processo de comunicação reacional específico. Por isso, diz-se que Habermas é procedimentalista.

O direito existente nas democracias modernas, após a positivação, separou-se da moral, do social, e passou a ser racionalmente justificado de acordo com princípios universalizáveis – a normatividade deve ser eticamente neutra.

A despeito disso, a neutralidade pretendida por Habermas pressupõe que o discurso moral (não-neutro, dependente das concepções sobre o mundo que cada um terá da forma mais diversa) faça parte da comunicação social. Não há como afastá-lo, há somente a exigência de que mesmo nesse discurso as pessoas não se excluam, porque caso isso ocorra a neutralidade não será atingida.

Assim, o que Habermas pretende é uma inclusão sempre maior dos cidadãos, inclusive dos cidadãos religiosos. Ademais, a diferença entre o discurso religioso e o discurso pós-secular³⁰ não é muito clara em determinados campos, em virtude de a religião fazer parte de um aspecto cultural da sociedade. Desse modo, na escolha do que é um argumento religioso e o que não é poderiam ocorrer seleções arbitrárias e, com isso, a exclusão aleatória de alguns cidadãos.

Além disso, a comunicação dos religiosos pode contribuir para o debate democrático:

Pois, o Estado liberal tem interesse em que se permita o livre acesso das vozes religiosas tanto na esfera público-política como na participação política das organizações religiosas. O Estado não pode desabrigar os crentes e as comunidades religiosas para que se abstenham de manifestar-se como também de uma maneira política, pois não se pode saber se, caso contrário, a sociedade secular não se estaria desconectando e privando de importantes reservas para a criação de sentido. (HABERMAS, 2006, P. 138, tradução nossa)

Ao mesmo tempo, para que essa inclusão dos crentes seja possível, é necessária uma postura aberta ao aprendizado por parte dos não-crentes. O que Habermas quer é uma abertura ao outro de ambos os lados.

Em razão disso, o discurso baseado na moral, quando público, pressuporá a racionalidade, que visa ao reconhecimento mútuo e a inclusão, enquanto que quando

³⁰ Sociedade pós secular: “[...] *social orders that have undergone process of secularization over the course of the past two or three hundred years, but in which religious worldviews continue to shape the identities of inhabitants.*” (Cooke, 2007, p. 227).

permanecer dentro de uma esfera menor da sociedade³¹ poderá basear-se somente na moral, ignorando a necessidade de compreensão mútua.

Por essa pequena explicação sobre o funcionamento da democracia moderna para Habermas, chega-se às seguintes conclusões: (i) o discurso religioso, dentro da moral, será permitido na esfera pública, desde que não seja excludente e respeite todos como livres e iguais; (ii) o direito é um sistema social, que será tensionado pela sociedade, para que responda seus anseios de inclusão.

Em razão disso, quando se pensa no discurso religioso na proibição do aborto, que é embasado na sacralidade da vida, já há uma exclusão com a qual Habermas não concordaria. Isso porque o sagrado, que é absoluto e, por conseguinte, excludente, sempre colocará algo/alguém abaixo dele. A sacralidade da vida do feto exclui a vida da mulher, que perde sua capacidade de autodeterminação. Essa exclusão de outrem por meio do sagrado é explicitada por Habermas, de acordo com o que ele chama de fundamentalismo:

Visões fundamentalistas de mundo são dogmáticas em um sentido diferente: elas não deixam espaço para reflexão na relação entre elas e os outros tipos de visão de mundo com os quais elas dividem o mesmo universo discursal, contra quem na competição de “reclamações válidas” (*validity claims*) podem avançar suas posições somente com base em “razões fundamentais” (*basis of reasons*). Elas não deixam espaço para discordância racional. (HABERMAS, 1998, p. 224, tradução nossa)

O problema do sagrado na vida do feto é que se cria uma identidade, uma pessoa, cuja existência não é consensual, que criará a exclusão de outrem, sob falsa alteridade, que Habermas tanto preza. Se o feto fosse reconhecido por todos como uma vida humana, seria sim digno de alteridade, mas, como isso não ocorre, porque são inúmeras as dificuldades em se determinar quando começa a vida, não há como ver sob essa ótica, em especial quando isso envolve a exclusão de outrem. Sobre isso o trecho abaixo do parecer do Senador Pedro Taques sobre o PLS 236/2012.

v) a autonomia da mulher perante seu corpo deve ser pensada a partir de uma ética da alteridade, de modo que a ponderação entre gerar uma vida e manter sua autonomia deve ser anterior à concepção, especialmente quando o nível de informação sobre os métodos contraceptivos já é suficientemente amplo; (Anexo A)

³¹ Os cidadãos religiosos devem saber diferenciara a esfera, pública de suas comunidades. “*Finalmente, los ciudadanos religiosos tienen que encontrar una actitud epistémica hacia la primacía de la que gozan también las razones seculares en la arena política. Y solo esto se logra en la medida en que dichos ciudadanos incorporen de una manera razonable el individualismo igualitario del derecho racional y de la moral universalista en el contexto de sus propias doctrinas comprensivas.*” (Habermas , 2006, p. 145)

No caso do aborto, a questão de se atribuir a vida do feto o mesmo valor de uma vida plenamente formada tem como consequência direta intromissão de valores de outrem na vida de uma pessoa que nada tem a ver como o valor sagrado que os crentes acreditam existir. Não se permite que a mulher faça uma escolha que somente afetará sua própria vida. Habermas, sobre esse tipo de exclusão, afirma:

A dominação das majorias se transforma em repressão quando uma maioria que argumenta religiosamente, no curso do procedimento de formação política da opinião e da vontade, denega a minoria derrotada, seja ela secular ou de uma confissão diferente, a completa compreensão e cumprimento discursivos das justificações que são devidas. (HABERMAS, 2006, p. 142, tradução nossa)

Além disso, Habermas escreve especificamente sobre a possibilidade de se utilizar na esfera pública argumentos religiosos. Inicialmente, deve ser feita a diferenciação entre esfera pública informal e formal (institucional). Na primeira, que será feita em escolas, igrejas, movimentos sociais, entre outros, os argumentos religiosos poderão transitar livremente. Na segunda, que ocorrerá nas instituições democráticas, como parlamento, órgãos do poder judiciário e do poder executivo, os argumentos religiosos deverão ser traduzidos de forma que possam ser compreendidos por todos os cidadãos, inclusive os não-crentes, de forma racional³².

Tal diferenciação é necessária especialmente na política, onde os objetivos a serem perquiridos deverão ser os melhores, de uma forma geral³³, há uma busca pela coletividade. No direito, além de decisões que afetam toda a sociedade, ou um determinado grupo, há também as que afetam os indivíduos.

³² Maeve Cooke faz uma crítica a esse modelo de democracia Habermasiano, alegando que ele seria de certa forma excludente: “*Habermas's model of law and politics does not treat all citizens impartially but impairs the conditions of political autonomy for many religious believers and other citizens who do not endorse a postmetaphysical view of legal political validity. By doing so it builds an inequality into the system that weakens the bonds of solidarity between all citizens.*” (2007, p. 232/233). Nessa crítica há uma errada interpretação do Autor ora estudado, isso porque, a democracia de Habermas não é excludente, em sua doutrina fica claro que a democracia é construída por meio do debate entre os cidadãos, sem a exclusão de ninguém, a única exigência procedimental feita é que todos se respeitem mutuamente e se vejam como iguais e o uso do discurso religioso afasta isso. Os crentes e os não-crentes terão linguagens distintas, o que impossibilitará a comunicação e com isso, o desenvolvimento da democracia. E pela necessidade de tradução do discurso religioso não há como se afirmar que se beneficia um grupo em detrimento de outro, há somente uma necessidade de neutralidade em relação às diversas crenças, ou não-crenças, para que todas as crenças sejam sempre respeitadas. Trata-se de uma imposição importante tanto para a relação entre os que creem e os que não creem, quanto para as pessoas que têm crenças distintas, porque caso ela não ocorresse, a liberdade de religião estaria comprometida.

³³ Isso porque, “*El supuesto de una razón humana común es la base epistémica para la justificación de un poder secular del Estado que ya no depende de las legitimaciones religiosas*” (HABERMAS, 2006, p.127)

O processo legislativo será o primeiro momento de contato entre a sociedade e o direito, e nele já deveriam ser respeitadas as garantias fundamentais sobre as quais repousa o direito, a conceituação da comunidade como um espaço de compreensão mútua, dentre outros. Trata-se de produção institucional do direito, esfera pública formal, em que não serão todos os argumentos que poderão entrar. Por tratar-se de questão política, a criação das leis deve levar em consideração os possíveis afetados e como eles aceitarão racionalmente a obrigação que lhes será imposta.

Abaixo, dois trechos, que exemplificam o discurso religioso na esfera pública formal. O primeiro é um trecho do parecer do Senador Pedro Taques sobre o anteprojeto do novo Código Penal, e o segundo é uma proposta de emenda supressiva feita pelo Senador Tomás Correia do §1º do artigo 127 do mesmo projeto (Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – prisão, de quatro a dez anos. §1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente.)

Com efeito, entendemos que, na prática, isso representa a legalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, importando em inconstitucionalidade de referido dispositivo em razão da violação do direito à vida, consagrado como cláusula pétrea no caput do art. 5º da Carta Magna. (ANEXO A)

O direito a vida, maior bem concedido aos homens por Deus, deve ser amplamente protegido pelo Estado, punindo-se penalmente, e de forma adequada, aqueles que decidirem por violá-lo.³⁴ (ANEXO E)

O primeiro estaria adequado de acordo com a premissa habermasiana acima exposta, tendo em vista que afirma vício de inconstitucionalidade, que pode ser compreendido e combatido pelos cidadãos racionais, dentro da esfera pública. Sabe-se que se trata de um discurso religioso traduzido, por outras expressões que o Senador utiliza em seu discurso, mas especificamente com relação a esse trecho, é possível identifica-lo como um argumento compreensível por toda a sociedade.

Já o segundo, totalmente pautado em argumentos religiosos, que não são compreendidos por todos, não poderia estar na esfera pública, muito menos vindo de um Senador, que demonstra não entender o significado de democracia.

³⁴ No mesmo sentido, leia-se a Carta da CNBB (ANEXO F) – Confederação Nacional dos Bispos Brasileiros – sobre a reforma do Código Penal, nela a CNBB cita trechos da bíblia, que podem ser totalmente desconhecidos por pessoas não-cristãs, ou não-crentes.

Assim, devido aos pressupostos comunicacionais aos quais Habermas dá tanta ênfase dentro de uma democracia, torna-se imprescindível a tradução dos argumentos religiosos, para que possam fazer parte do debate na esfera pública em que as pessoas se vejam como livres e iguais.

Em razão disso, fica demonstrado que dos argumentos utilizados no Senado aqui apresentados, somente subsistiria o da inconstitucionalidade, que foi afastado porque o feto não poderia ser considerado uma pessoa constitucional, porque tal postura, baseada em valores sagrados implicaria uma exclusão de outro, que não é constitucionalmente aceita.

4 Democracia e os compromissos da comunidade política com liberdade e igualdade

Analisado o que Dworkin chama de perspectiva externa do direito – análise social –, passa-se para a análise da perspectiva interna, relacionada com a teoria argumentativa. Sob esse enfoque, a norma deve ser analisada como valor, aquilo que se pretende com ela, sua finalidade, a que ela se direciona, etc.; e pelo seu conteúdo, o que a norma realmente é no mundo do direito, as obrigações que ela implementa, etc.

A norma, para além de seu conteúdo positivado, do que está escrito, será descoberta pela interpretação, uma atitude construtiva/criativa, que envolverá esses dois lados, sendo que seu significado (conteúdo) abarcará a questão teleológica (finalidade), ao mesmo tempo em que essa questão será modificada pelo significado. Assim, a norma terá o seu conteúdo e a sua finalidade modificados com o tempo, pela interpretação, por isso, não há distinção entre direitos enumerados (expressos) e não-enumerados. Do exposto, vê-se que Dworkin, assim como Luhmann e Habermas, rejeita o argumento originalista da interpretação do direito.

Dworkin trata da interpretação do direito como uma observação a uma obra de arte: o observador nunca conseguirá ver e captar o que quem compôs a obra quis dizer, ele estará sempre acreditando que sabe, mas na verdade nunca saberá³⁵.

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito e não com as causas. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas do intérprete. (DWORKIN, 1999, p. 63)

A interpretação que se pretende originalista sequer existe, porque “*toda interpretação tenta tornar o objeto o melhor possível*” (DWORKIN, 1999, p. 65), variando assim, de acordo com o intérprete. É por isso que podem ser vistos originalistas afirmando que a “vontade do legislador”³⁶ era de que a vida fosse protegida constitucionalmente desde a concepção, por isso não há nada escrito na constituição sobre seu início, ao mesmo tempo em

³⁵ Nesse contexto, retoma-se o argumento dos religiosos de que caso os constitucionalistas quisessem que na constituição constasse que a vida não se iniciaria com a concepção, teriam feito isso constar expressamente na constituição. Conforme visto, o contrário – que constasse expressamente que a vida começa com a concepção – tentaram fazer constar da constituição, mas não foi aprovado. Assim, trata-se apenas de uma especulação, de uma leitura original da constituição que nunca seria atingida, mas, que nesse caso, tem a realidade contra si.

³⁶ Nesse ponto, é necessário ressaltar quem em uma constituição como a nossa, em que houve intensa participação popular, não há como chegar à “vontade do legislador”. Sequer sabe-se quem seriam os legisladores ao certo, e certamente, eles não tinham uma vontade única.

que há originalistas que defendem que se não há na constituição expressa referência à proteção da vida desde a concepção, o aborto poderia ser legalizado³⁷.

Visto toda essa liberdade de interpretação que Dworkin acredita existir, passa-se para uma análise da integridade, que terá um papel fundamental na interpretação das práticas sociais, dentre elas o direito. Inicialmente, a integridade dividir-se-á nos princípios de integridade política: os legisladores devem manter um mínimo de coerência social entre as leis; e jurídica: a interpretação que se faz das leis deve integrar esse conjunto de coerência social (DWORKIN, 1999, p. 213).

A integridade política se embasará no conceito de equidade política: *“aceitamos que cada pessoa, ou grupo da comunidade deve ter um direito de controle mais ou menos igual sobre as decisões tomadas pelo Parlamento, ou Congresso, ou pelo legislativo estadual”* (DWORKIN, 1999, p. 216)³⁸. O direito de controle, que se manifestará nas leis, não poderá ser exercido de forma conciliatória, beneficiando uma pessoa em certo momento e outra em outro, isso porque, para o autor tal proceder pode ser muitas vezes arbitrário. A melhor solução seria encontrar *“uma razão de justiça comum a todos”*³⁹ (DWORKIN, 1999, p. 219), muito próxima do consenso racional de Habermas.

Nesse sentido, assim como em Habermas⁴⁰, as pessoas deverão se enxergar mutuamente como livres e iguais e ter responsabilidade social, um comprometimento sobre o que farão umas com as outras. Por isso, Dworkin também não exclui os religiosos da esfera pública, prezando assim por um debate genuíno, não excludente. Somente com base nesses pressupostos que a legitimidade dos Estados para opor obrigações aos cidadãos se justificará nas democracias modernas.

Essa forma de os cidadãos se encararem mutuamente dentro de uma sociedade irá gerar a comunidade fraterna de Dworkin, que poderá provocar injustiças de duas formas: dentro de um mesmo grupo da sociedade, a concepção de interesse equitativo pode ser deficiente, ainda que sincera. Um exemplo claro seria o machismo, entre grupos, quando a um se atribuem interesses mais relevantes que aos de outro. (DWORKIN, 1999, p. 245).

³⁷ Tendo em vista que, de acordo com todo exposto ao longo deste trabalho, o posicionamento originalista não é aceitável, esse argumento não será aprofundado.

³⁸ A equidade política é uma imposição, uma condição para que a sociedade democrática continue se desenvolvendo, da forma mais amena possível, apesar de toda a divergência moral.

³⁹ Com base nessa concepção e na de responsabilidade e comprometimento mútuos é que se formará a comunidade de princípios de Dworkin.

⁴⁰ O que diferenciará ambos é a concepção maior do Dworkin com relação a estrutura argumentativa do direito, a integridade, que ocorrerá dentro dessa comunidade, já Habermas, descreve essa comunidade especial, para explicar como ela deve se portar para que os laços sociais sejam mantidos, mesmo quando na modernidade, onde o pluralismo é intenso.

O processo legislativo deverá ocorrer de forma harmônica com o princípio da integridade política, dentro dessa comunidade fraterna, deve-se buscar o que será melhor para todos de uma forma geral.

Nesse contexto, quando se considera que o feto é uma vida humana, que em nada se distingue do ser humano completamente formado, essa identidade irá exigir dos outros cidadãos igual respeito. Uma inclusão sempre gerará uma limitação para os outros membros. Seus supostos interesses deverão ser tratados de forma equitativa. Ocorre que, essa concepção é falha, porque não pode ser vista como algo que possa ser racionalmente compreendido por todos os cidadãos, pois se embasa em pressupostos religiosos que não são compartilhados por toda sociedade e são excludentes⁴¹.

Em razão disso, por entender que a constituição liberal norte-americana não poderia atribuir ao feto *status* de pessoa humana, Dworkin chega a defender que essa posição não poderia ser defendida por nenhuma lei por contrariar a Constituição.

É uma inclusão que gera uma exclusão (i) dos que não creem, (ii) dos que creem, mas tem posicionamento distinto com relação ao aborto, e (iii) das mulheres, como uma discriminação indireta⁴², em especial dentro de uma sociedade culturalmente machista.

Sobre a integridade jurídica, a coerência do direito deve ser feita na forma de uma narrativa: há um vínculo com o passado, ao mesmo tempo em que há uma preocupação com o futuro, e “*as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal*”⁴³ (DWORKIN, 1999, 272).

Na interpretação narrativa do direito, deverão ser levados em conta os seguintes tópicos: i) adequação - não se pode chegar a uma conclusão totalmente inusitada no mundo jurídico, é necessária coerência e com o que já existe, isto é no direito há uma limitação às decisões políticas anteriormente tomadas; ii) entre as opções adequadas deve se escolher a que melhor se aplica, a mais adequada deverá ser a que melhor se encaixa na integridade.

⁴¹ Ver LUHMANN, 2002, cap. 2, p. 2: “*Religion canonizes itself and marginalizes those who question it*”.

⁴² Há uma discriminação porque se tira delas a responsabilidade sobre o seus corpos e muitas vezes até sobre sua vida, porque terão suas vidas atreladas a cuidar de filhos, sem nenhum auxílio dos supostos pais. Nesse sentido, “[...] *teoria da discriminação indireta, da qual decorre a invalidade de normas que, apesar de regulares, na sua aparência, geram em sua aplicação, um ônus desproporcional para grupos vulneráveis. A aplicação desta teoria é de grande importância nas questões de gênero*” (SARMENTO, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 27/06/2013, p. 51)

⁴³ Dworkin embasa sua teoria em uma constituição de princípios aberta a interpretação dos julgadores. “[...] *Constituição de princípios que estipule critérios morais, de grande alcance geral, que o governo deve respeitar, mas que deixe a cargo dos estadistas e juízes decidir o que esses critérios significam em circunstâncias concretas. Segundo esse modo de ver a constituição, o verdadeiro significado das cláusulas de processo legal justo e de igual proteção, irá depender da melhor e mais exata compreensão da liberdade e igualdade.*” (DWORKIN, 2009, p. 166)

A integridade no direito guardará relação com a integridade política, porque a atuação do juiz se dará por meio do sistema de leis. Os juízes tomarão “*decisões que darão voz e efeito prático a convicções morais*”⁴⁴ *amplamente difundidas na sociedade*” (DWORKIN, 1999, p. 297).

Ocorre que, mesmo os valores que poderiam ser universalizáveis, como igualdade, liberdade, privacidade, diante do pluralismo moderno, dificilmente o serão⁴⁵. Há disputa de conceitos sobre esses valores, não havendo uma resposta certa, um ponto pré-determinado. Em razão disso, é inevitável o desapontamento moral.

Para que os desapontamentos morais tenham um efeito menor sobre uma sociedade democrática, para que as pessoas entendam que nem sempre as suas convicções serão atendidas, é necessário que se saiba argumentar. Nesse ponto, há uma ligação com Habermas, que também vê a argumentação como uma forma de se manterem os laços sociais nos embates decorrentes da democracia.

O que Dworkin pretende é que as pessoas estejam abertas a se comunicar, para que, com isso, tentem chegar a algum tipo de consenso. O consenso absoluto não ocorrerá, mas é preciso alguma consonância.

Tal poderá ser atingido por meio dos dois valores ligados à dignidade da pessoa humana, que o autor acredita serem universalizáveis. Toda vida humana tem um valor intrínseco, porque tem um potencial de realização de vários projetos sociais, que caso não se realizem incorrerão na frustração de uma expectativa. Esse valor terá uma polo pessoal, da importância que a dignidade da vida de cada um tem para si, e outro social, da importância que a vida das outras pessoas tem de uns para outros⁴⁶; Toda vida humana deve ser

⁴⁴ Sobre a diferenciação entre moral e ética de Dworkin: “*The state makes those decisions for us all and properly coerces us to obey its decisions. The difference between these two kinds of decision is the difference between ethics and morality. Our Ethical convictions define what should count as a good life for ourselves; our moral principles define our obligations and responsibilities to other people. The principle of personal responsibility allows the state to force us to live in accordance with collective decisions of moral principle, but it forbids the state to dictate ethical convictions in that way.*” (2006, cap. 1, p. 17/18)

⁴⁵ Our values conflict, Berlin insists, in a deeper way than that, which is why, he says that the ideal of harmony is not just unobtainable but “*incoherent*” *because securing, or protecting one value necessarily involves abandoning or compromising another.*” (DWORKIN, 2006, p. 108). Nesse sentido, a criação de uma identidade de alguma forma excluirá outra.

⁴⁶ A importância da vida de umas pessoas na de outras dependerá de valores pessoais, de como as pessoas vêem umas as outras, em especial, quando não há laços afetivos, isso refletirá no conceito de igualdade. Dworkin tenta então limitar esse arbítrio na distribuição de igualdade, por meio da alteridade: “*It is impossible to separate self-respect from respect for the importance of the lives of others. You cannot act in a way that denies the intrinsic importance of any human life without an insult to your own dignity.*” (DWORKIN, 2006, p. 14, cap. 1) Esse argumento será retomado quando for tratada a importância da vida humana na questão do aborto, porque, mesmo que não se atribua ao feto a existência de uma vida humana plena, que lhe garantirá direitos a serem protegidos, ele sempre será uma vida humana em potencial, de forma que sua existência não poderia ser simplesmente ignorada.

responsável pelo que conquista ou deixa de conquistar, inerente a isso, pelo que deseja conquistar, a vida ideal é uma questão pessoal, cada um será responsável pelo que faz com o valor intrínseco de sua vida humana (DWORKIN, 2006, cap. 19, p. 8). Por ser cada um responsável por sua própria vida, não poderão ser impostos aos cidadãos valores com os quais eles não se identificam, por que isso retiraria a responsabilidade dos cidadãos sobre os suas escolhas⁴⁷.

Essas duas concepções refletirão respectivamente sobre os conceitos de igualdade e liberdade, que, de acordo com Dworkin, deverão ser conciliáveis, exatamente por seu vínculo com a dignidade da pessoa humana.

Somente com liberdade é que será exercida a responsabilidade. Em razão disso,

Eu devo usar a palavra liberdade para descrever um conjunto de direitos que o governo deveria estabelecer para a proteção da responsabilidade pessoal ética propriamente dita dos cidadãos.” (DWORKIN, 2006a, cap. 3, p. 13, tradução nossa)

A liberdade para o Autor é “*o direito de fazer o que você quer fazer com os recursos que são seus legitimamente*” (DWORKIN, 2006a, cap. 3, p. 15, tradução nossa). O conceito de liberdade para Dworkin quer dizer que quando a liberdade é retirada de alguém, isso é ruim, causa algo ruim. Para ele esse conceito seria o que melhor se aplicaria ao pluralismo e o que menos entraria em conflito com outros direitos. (2006b, p. 115)⁴⁸

Para que a liberdade seja limitada, o Estado deve apresentar uma boa justificativa, deve haver uma proporcionalidade entre a proibição e o fim a que se quer chegar com ela, pois somente com a liberdade é que se possibilitará a responsabilidade. É por isso que Dworkin faz a diferenciação entre objetivo de coerção, quando a liberdade pode ser violada, impondo uma obrigação a outrem, e objetivo de responsabilidade, quando se respeita a liberdade para que as pessoas possam exercer a responsabilidade.

Em razão da importância que o Autor dá ao segundo objetivo, são bem restritas as possibilidades do objetivo de coerção. No caso do aborto, deverão ser analisados os seguintes aspectos:

[...] até que ponto se pode esperar, razoavelmente, que a restrição torne a deliberação de uma mulher sobre o aborto mais reflexiva e responsável; o risco de que venha impedir algumas mulheres de abortar quando já tiverem

⁴⁷ Sobre a imposição de escolhas necessária a diferenciação que DWORKIN faz entre moral e ética: ver nota de rodapé 33).

⁴⁸ “*The liberalism I offer is what, in my view, liberalism means and requires now.*” (DWORKIN, 2006b, p. 115)

se decidido responsabilmente a fazê-lo, e a possibilidade de que a melhora esperada na responsabilidade das decisões sobre o aborto possa ser obtida de modo diferente e com menos consequências coercitivas. (DWORKIN, 2009, p. 242/243).

Os dois objetivos desembocariam em duas posturas constitucionais: uma em que o Estado dá aos indivíduos a liberdade, para que a responsabilidade seja possível; outra em que uma maioria impõe sua moral sob a forma de lei, que restringe a responsabilidade.

Essas posturas constitucionais desenvolverão dois modelos de sociedade para Dworkin: Um seria a tolerante religiosa, que não incentivará nenhuma religião em particular, mas aceitará que a religião tem um papel relevante, e por isso terá o seu valor na sociedade. É onde a sociedade brasileira se enquadra, há símbolos religiosos, em locais públicos, referência à religião no preâmbulo da constituição, nas cédulas monetárias, etc.

O outro seria uma sociedade tolerante secular, em que além de não haver um incentivo a nenhuma religião em específico, haveria um afastamento da religião, de todas as religiões, da esfera pública. Seria, nas palavras de Dworkin, o ato do governo que passou pelo “*teste Lemon*”: “*é crucial que a prática governamental não tenha o efeito de passar uma mensagem do governo de apoio ou desaprovação da religião*” (2006a, cap. 3, p.6 tradução nossa).

O grande problema que há no primeiro tipo de sociedade é que alguns fatos religiosos não serão vistos como religiosos. Há uma defesa de que são tradições, algo que faz parte da sociedade e, dessa forma, não impedirão o livre exercício de religião. Quem quiser uma sociedade tolerante religiosa achará normal que as leis impinjam valores religiosos.

Conforme dito na parte em que foi tratada a teoria sistêmica de Luhmann, é natural que a religião se imiscua na cultura, fazendo parte da tradição⁴⁹, para assim, se manter. Em razão disso, Dworkin defende que as escolhas democráticas sejam feitas com base em princípios e não na história. O debate de princípios será aberto aos argumentos plurais, enquanto que os históricos não.

⁴⁹ “*The strongest and the most popular case for a religious state in a nation most of whose members are religious is not paternalistic but cultural. That case rests on the assumption that a political majority has a right to create the cultural it wants to live in and raise its children in not for the sake of the minority who might protest but from their own sakes – because a society openly committed to religious values is better for them*” (DWORKIN, 2006a, cap. 3, p. 19) Nesse sentido, também é necessário salientar que a cultura feita por decisões individuais tomadas diariamente, e são influenciadas pelas leis, então acaba que argumento cultural se auto-alimenta.

Nessa discussão, especialmente com relação ao aborto, necessário salientar que os religiosos querem uma sociedade religiosa porque ela ajudará a manter o sagrado como uma tabu. “*Parte do significado do sagrado é a noção do tabu, e certamente é mais difícil manter um tabu contra o aborto, e ensinar nossos filhos a respeitá-lo, em uma comunidade na qual os outros não apenas o rejeitem como também o violam abertamente, sobretudo quando podem contar com o apoio oficial financeiro ou moral.*” (DWORKIN, 2009, p. 209)

Por isso, para Dworkin a escolha entre os dois modelos de tolerância deve ser uma questão de princípios. E com base nos princípios de liberdade e igualdade, o modelo que melhor se adequaria às democracias modernas pluralistas é o da sociedade tolerante secular.

Especificamente com relação ao aborto, trata-se de tema supercomplexo por envolver a sacralidade da vida e, por conseguinte, um forte posicionamento moral. Em razão disso, o autor defende que esse tema deve ser tratado com seriedade diretamente ligada à responsabilidade, cada mulher deve ter o direito de tomar essa decisão por si. Dessa forma, Dworkin é contra o posicionamento polarizado, em que há de um lado a sacralidade de vida e de outro a propagação de ideias de que o feto/embrião é apenas um aglomerado de células.

Com base na responsabilidade que as grávidas devem ter, Dworkin fala que ninguém é obrigado a sacrificar a sua vida para salvar a vida de outrem, cada um deve ser responsável unicamente pela sua vida.⁵⁰ Contra isso, há os argumentos seguintes no parecer do Senador Pedro Taques sobre o PLS 236/2012:

Já possui também cérebro, e o sistema nervoso central já começou a se formar. É capaz de utilizar os seus sentidos, vê e ouve. As primeiras sensações estão presentes. **Portanto, não há critério racional que permita que um feto de três meses tenha uma proteção jurídica tão baixa que seja possível matá-lo apenas pela vontade materna.** [...] Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito deve ser invocada para que o ordenamento jurídico se valha de todas as formas **para impedir que o indivíduo seja instrumentalizado pela vontade alheia e não tratado como um fim em si mesmo, mas não pode sê-lo para legitimar um ato que coloca a vontade empiricamente condicionada acima da lei moral autônoma.** [...] Diante desse quadro, é papel fundamental do Estado de Direito barrar a proliferação dessa linguagem totalizante **que não respeita eticamente o outro e pretende torná-lo meio para a consecução de seus fins legitimados.** Não pode ser outro o compromisso axiológico de um ordenamento eticamente fundado. (Anexo A, grifos nossos)

Pelos trechos colacionados, pode-se perceber que é permitido fazer com que a mulher seja um instrumento para a concretização do projeto de vida humana que o feto representa. É sabido que o feto não se desenvolverá sem o corpo de sua mãe até mais ou menos o quinto mês de gestação, então ele precisará dela. O corpo da mulher, um ser vivo completo, pleno vontades e sensibilidade, pode ser instrumentalizado em favor do feto, mas o contrário jamais.

⁵⁰ Nessa linha: “*Se a comunidade obriga uma mulher a ter um filho que ela não quer, a mulher já não tem domínio sobre o seu próprio corpo.*” (Dworkin, 2006c, p. 159). Nessa linha, deve acrescentar-se a comparação feita por Judith Thomson entre uma mulher ser obrigada a suportar uma gravidez e uma pessoa ser obrigada a permanecer com seus rins ligados ao um violinista famoso, que morrerá caso essa ligação seja rompida. (1971, p. 47-66)

As razões acima também explicam porque mesmo havendo a possibilidade de adoção, deve ser aberta também a possibilidade do aborto. A mulher é obrigada a passar nove meses em um estágio que não lhe é agradável, o processo de adoção tem o seu preço para a gestante, há uma cobrança social de que ela assuma as responsabilidades pelo feto gerado⁵¹, e ainda o desgaste emocional, que pode ocorrer de ter que dar seu/sua bebê para alguém.

Outro ponto interessante com relação à adoção é que não se trata de um procedimento tão simples de se concretizar, é sabido que crianças negras, mais velhas, que tenham irmãos ou com deficiência são muitas vezes preteridas.

Deve-se fazer ênfase quanto ao segundo trecho do parecer, onde há uma nítida adoção do modelo tolerante religioso de sociedade, “*Lei moral autônoma*” é algo impensável em uma sociedade plural, mas quando se adota esse modelo, há uma naturalização da religião, que passa a não ser vista como tal, mas sim como algo natural. Nesse contexto, há que se ressaltar que nem dentro das próprias religiões cristãs, que se dizem uníssonas em seu posicionamento com relação ao aborto, há uma concordância total⁵².

Por outro lado, por mais que ainda se mantenha a não-obrigatoriedade de sacrificar-se por alguém, à medida em que o feto vai se desenvolvendo ele passa a se identificar melhor como um ser humano, fazendo com que sua vida tenha uma importância maior perante a sociedade, de forma que o aborto iria aumentando seu grau de reprovabilidade. Como a vida humana é importante para todos, Dworkin afirma que essa preocupação temporal é relevante e, por isso, defende os parâmetros de legalização do aborto estipulado no precedente *Roe vs. Wade*⁵³, afirmando que o Estado teria sim direito de proibir a realização do aborto durante o terceiro trimestre da gravidez⁵⁴.

Outro ponto que deve ser lavado em consideração quanto à questão do aborto é o que Dworkin trata como objeção derivada ou destacada. A primeira ocorre quando ao ser contra o aborto se pensa em garantir proteção a um ser humano, quando se leva em

⁵¹ Nesse sentido, as palavras do senador: “*a gravidez não é doença, ela acontece com o concurso da vontade humana – e, nesse caso, liberdade sexual rima com responsabilidade [...] Isso porque, a manifestação de liberdade e autonomia sexual dos seres humanos deve ser ponderada com suas consequências antes do ato, implicando no dever de responsabilidade por suas consequências caso não se utilize os métodos contraceptivos adequados.*” (ANEXO A)

⁵² “Para a maioria de nós existem graus do sagrado assim como graus do maravilhoso [...] nossas convicções sobre a inviolabilidade são seletivas” (DWORKIN, 2009, p. 111). “*A santidade da vida é um valor extremamente controverso e contestável.*” (DWORKIN, 2009, p. 211).

⁵³ Nesse jugado fora terminantemente proibido o aborto no terceiro trimestre de gravidez, para Dworkin tal decisão foi acertada porque é a partir dele que o feto seria viável, sendo que um pouco antes ele terá sensibilidade, que o que determinaria para o Autor o momento em que ele passa a ter interesses. (DWORKIN, 2009, p. 236)

⁵⁴ Seria uma forma de conciliar os interesses individuais das mulheres, como os interesses morais da sociedade, protegendo-a da indiferença que envolve a questão complexa que é o aborto (DWORKIN, 2006, p. 185)

consideração o valor que vida humana tem, pelos direitos e interesses individuais que a ela são atribuídos; a segunda ocorre quando a vida humana tem um valor intrínseco por si só. Chama-se destacada porque não leva em consideração o indivíduo, qualquer vida seria por si só sagrada, sem que seja necessária análise de sua individualidade. Nesse sentido, o discurso seguinte:

Desse modo, fica acertado que a única posição razoável nesse debate é a de que o nascituro é, tanto quanto qualquer pessoa madura, um ser humano vivo e, havendo vida humana – ainda que em desenvolvimento e dependente da função materna - cabe ao Direito salvaguardá-la. Não é do escopo do fenômeno jurídico estabelecer uma definição própria de vida que contradiga a realidade factual, ainda mais quando a expressão “vida” constitucionalmente prevista possui um sentido histórico que se mantém atual. [...] iv) a doutrina da proteção gradual da vida não pode se sobrepor ao fato de que a Constituição não oferece essa distinção; [...] o feto jovem está envolvido num aspecto essencial de humanidade, que lhe confere uma eticidade própria a torná-lo merecedor natural da proteção do Direito. (ANEXO A)

Devemos valorizar a vida, desde a sua concepção até o seu término e atitudes como a encontrada nesse questionável Projeto de Lei, vem de encontro com a valorização da vida e diversos valores cristãos. (ANEXO G)

De ambos trechos, pode-se observar que as objeções são destacadas, porque há uma valorização da vida do feto, como um pressuposto, algo que não precisa ser explicado e porque a vida, sendo sagrada, não permite gradações em sua valorização. Nesse sentido, Dworkin defende como sagrado o que não é incrementalmente valioso, que o maior valor não dependerá da maior quantidade, *“mas que possuem valor em um sentido muito diverso”* (2009, p. 97).

Tomando-se por base a sacralidade da vida, devem-se levar em consideração as objeções que Dworkin faz sobre o sagrado como limitador da liberdade.

Existem três situações em que o estado não pode diminuir a liberdade pessoal a fim de proteger um valor intrínseco: (1) quando as decisões que ele proíbe são compromissos pessoais assumidos dentro de um campo essencialmente religioso; (2) quando não há acordo dentro da comunidade, acerca de qual é a melhor maneira de proteger o valor em questão; e (3) quando a decisão tem um impacto muito grande, até mesmo desproporcional, sobre a pessoa que fica então impedida de decidir. (DWORKIN, 2006, p. 165)

A atribuição de um valor sagrado à vida humana terá relação com a sua criação humana, porque vem de outros seres humanos que também são sagrados e com a criação

natural, no sentido de fazer parte da natureza, de um processo de milagre da natureza⁵⁵ de criação do ser humano, em que o natural é que ele viva.

Na segunda relação de criação, há a questão de que o aborto seria algo anti natural, assim como o término de uma morte por um homicídio, ou suicídio. Nesse sentido, o trecho a seguir da carta de uma cidadã ao Senado: “*Veja, estimado Senador, até agora falo apenas de lei natural. Legalizar atos anti-naturais é estupidez a romper o pouco que resta de inteligência às nossas mentes.*” (ANEXO H).

Ao mesmo tempo em que se pretende a instituição/manutenção da sacralidade da vida humana, há incongruências nesse conceito que são admitidas de uma forma geral, mesmo por quem se diz contra o aborto. A primeira delas é que se o feto fosse uma pessoa, também não seria possível o aborto em caso de estupro, porque ele não seria culpado pela circunstância em que foi criado, nem no caso de risco para a saúde da mulher:

É claro que se o Estado pudesse declarar que o feto é uma pessoa constitucional, poderia proibir o aborto mesmo que a gravidez pusesse em risco a vida da mãe, assim como normalmente proíbe que um inocente seja morto para salvar a vida de outro. (DWORKIN, 2006, p. 146)

Outras teriam relação com os métodos contraceptivos, porque são permitidos aqui alguns métodos contraceptivos, como o DIU e a pílula do dia seguinte, que tem efeito de impedir a nidação, quando já houve a fecundação. É por isso que poderia se defender que com a legislação que temos hoje, o direito de abortar, não é fundamentalmente muito distinto do direito reprodutivo de contracepção.

Dos argumentos acima expostos, pode-se observar que a responsabilidade destacada terá por base argumentos religiosos que levam em consideração a sacralidade da vida. Sendo assim, a questão da legalização do aborto pode ser resolvida pela liberdade de religião.

Dworkin, dentro de seu modelo de democracia plural, defende o modelo de objeção derivada, em que se deverá levar em consideração se o feto tem ou não interesses, para que a partir daí se defina se ele deverá ter sua vida protegida. Nessa linha, a existência de interesses está diretamente ligada com a sensibilidade do feto, a possibilidade de ele sentir

⁵⁵ “[...] Deus é o autor de tudo que existe de natural, e cada feto humano é um exemplo único de sua realização mais sublime.” (Dworkin, 2009, p. 127)

dor⁵⁶. Assim, defende que não haveria aborto, até esse período, porque não há interesses a serem protegidos.

Essa análise é importante porque por meio dela foge-se da questão do momento em que se iniciaria a vida, que é algo muito complexo, sobre o qual não há consenso.

É óbvio que com a concepção inicia-se o processo de formação de um ser humano, mas não é tão fácil afirmar que é nesse ponto que se inicia a vida humana. Para exemplificar, ocorre no direito brasileiro a incongruência de se definir que a morte cerebral será seu conceito de morte, de acordo com o art. 3º, da Lei n. 9.434, ao mesmo tempo, a vida é subentendida como iniciando-se na concepção (óvulo fecundado), ignorando-se o início da atividade cerebral. Ou seja, não há uma definição do ordenamento jurídico de quando se inicia, ou se termina a vida, para que se inicie a sua proteção plena, mas sim diversos critérios totalmente incongruentes.

Em razão do exposto, por não haver consenso nenhum dentro de nossa sociedade democrática plural, e nem mesmo dentro do direito brasileiro sobre o início da vida, não há como impor, com base em critérios religiosos, que não respeitam a dimensão plural da democracia, nem a liberdade das mulheres, que a vida começa com a concepção para assim proibir o aborto.

⁵⁶ Nesse sentido defende, com base em estudos sobre embriologia, que na posição mais conservadora, o feto responderia a estímulos sensíveis a partir de 26ª semana de gestação. (DWORKIN, 2006, p. 148)

5 Conclusão

Por meio da análise dos trechos do debate sobre o PLS 236/2012 selecionados, percebe-se, com relação ao tema do aborto, que há clara intervenção da religião, seja por meio da corrupção sistêmica, seja por meio do uso de argumentos religiosos na esfera pública, no espaço legislativo (política), influenciando o que será um dia direito (normatividade).

Ocorre que, os argumentos religiosos têm valor absoluto e por isso se auto excluem da comunicação democrática, estabelecendo a si como ponto final de possíveis debates. Isso gera exclusão de pessoas da comunicação, pelo simples fato de que se elas não creem, elas não conhecem a verdade e, por isso, não são dignas de credibilidade.

É obvio que isso jamais poderia ser admitido em uma democracia moderna, na qual: (i) o direito, a religião e a política terão códigos comunicacionais distintos; (ii) a comunicação é o instrumento de manutenção do vínculo social entre as pessoas, razão pela qual ninguém deveria estar dela excluído; (iii) as pessoas deveriam se enxergar como iguais, de modo a não impor suas opiniões e crenças sobre os outros; (iv) a liberdade dos cidadãos (das cidadãs) não deveria ser limitada pela moral imposta por meio do direito.

Tal fato somente demonstra quão frágil é a nossa democracia, em que todos os pressupostos acima são livremente deixados de lado, por meio da utilização do discurso religioso, privatizando-se o espaço público de acordo com convicções morais próprias. E isso é ainda mais grave quando se percebe que não os argumentos religiosos não estão presentes somente nas sugestões de emenda ao PLS 236/2012 propostas pelos cidadãos, também estão presentes nas encaminhadas pelos próprios senadores, aqueles que deveriam ser responsáveis pela tentativa de busca de um consenso democrático.

Em razão do exposto, acredita-se que a organização dos sistemas sociais pela diferenciação funcional é a melhor forma de desenvolvimento das democracias modernas. Isso porque, é somente com ela que será possível a liberdade dos cidadãos de auto determinação por meio do livre exercício de crença e a não intervenção da religião nos sistemas do direito e da política, que tanto prejudica o funcionamento da democracia.

Não é porque a religião tem uma explicação para todos os fenômenos que ocorrem nos sistemas ao seu redor, que se deve permitir ela entre nos demais sistemas sociais. O que está dentro do código imanente/transcendente deve continuar como ruído para os sistemas da religião e da política e não ser aceito dentro desses sistemas, como uma flagrante corrupção sistêmica.

Ao mesmo tempo, os cidadãos religiosos não devem ser excluídos da esfera pública, isso afastaria o problema da corrupção sistêmica ao preço altíssimo da exclusão de

cidadãos, o que também não deve acontecer em uma democracia. Ambos os cidadãos, os crentes e não-crentes, devem participar dos ambientes democráticos.

Por isso, a tradução dos argumentos religiosos é essencial, uma vez que somente ela possibilitará a inclusão cada vez maior de indivíduos crentes ou não na sociedade e que os argumentos religiosos e não-religiosos sejam vistos de forma igualitária, como deve ocorrer em um ambiente democrático.

Mas mesmo nessa hipótese, deve se levar em consideração que por trás de toda a proteção à vida do feto que há no centro da questão do aborto, há um forte posicionamento religioso, de que a vida, independente de seu grau de desenvolvimento, ou de suas condições, deverá ser sempre protegida por ser sagrada. Em razão disso, a problemática do aborto está diretamente ligada à liberdade de religião, que deve ser garantida para possibilitar aos cidadãos o direito de escolha (exercício da responsabilidade) tão importante na questão do aborto.

6 Referências

COOKE, Maeve. **A secular state for a postsecular society? Postmetaphysical political theory and the place of religion.** *Constellations*, Malden, v. 14, n. 2, p. 224-238, 2007.

CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre La teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução: Miguel Romero Perez, Calos Villalobos. Guadalajara, México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y Barcelona, Espanha, Editorial Anthropos, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida – aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

_____. **Is Democracy possible here?** Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **Justice in robes.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 2006.

_____. **O direito da liberdade – A leitura moral da constituição norte americana.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

_____. **O império do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Between facts and norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.** Tradução de WilliamRehg. Cambridge: The MIT Press,1996.

_____. **Entre natularismo y religión.** Tradução: Pere Fabra et al. Barcelona: Paidós, p. 121-155.

_____. **The inclusión of the other – Studies in political Theory.** Tradução de Ciaran Cronin. Cambridge: The MIT Press,1998.

LAFONT, Cristina. Religion in the public sphere: What are the deliberative obligation of democratic citizenship? In **Philosophy & Social Criticism.** Sage. V. 35, n. 127. 2009.

LUHMANN, Niklas. **A systems theory of religion**. Tradução: David A. Brenner e Adrian Hermann. Stanford, Califórnia: Stanford University Press. 2013

_____. **El derecho de la sociedade**. versão 5.0 de 13/01/2003, formatação eletrônica.

_____. **Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução: Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi, 1990.

MARRAMAO, Giacomo. **Cielo y Tierra, genealogía de la secularización**. Tradução: Pedro Miguel García Fraile. Barcelona: Paidós. 1998, p. 55-85.

NEMOIANU, Virgil. **The Church and the secular establishment: a philosophical dialog between Joseph Ratzinger and Jürgen Habermas**. Logos, Oxford, v. 9, n. 2, abr./jun. 2006, p. 17-42.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Consituição**. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/07/2013.

THOMSON, Judith. A defense of abortion in **Philosophy and public affairs**. V. 1, n. 1. Outono de 1971. P. 47-66.

YATES, Melissa. Rawls and Habermas on religion in the public sphere in **Philosophy & Social Criticism**. Sage. V. 33, n. 880.

ANEXO A

PARECER Nº , DE 2013

Da COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que *reforma o Código Penal Brasileiro*, e proposições anexadas.

RELATOR: Senador **PEDRO TAQUES**

I – RELATÓRIO**I. 1 – Proposições analisadas**

Esta Comissão tem a atribuição específica de analisar, nos termos do art. 374 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236, de 2012, que *reforma o Código Penal Brasileiro*, de autoria do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, bem como outras 140 proposições legislativas que versam sobre direito penal, a seguir listadas:

1. Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 9, de 2007 (PL nº 166, de 2007, na origem), que *altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. (Dispõe sobre a aplicação em dobro da pena se a quadrilha ou bando é armado ou envolve a participação de menor de dezoito anos)*, de autoria do Deputado Onyx Lorenzoni;
2. PLC nº 82, de 2008 (PL nº 938, de 2007, na origem), que *acrescenta parágrafo único ao art. 59 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Estabelece a obrigatoriedade de consideração dos antecedentes do agente infrator, relativos a medidas socioeducativas de internação)*, de autoria do Deputado Márcio França;

(...)

153

<p>Aborto provocado por terceiro Art. 127.</p> <p>§2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.</p>	<p>Aborto provocado por terceiro Art. 127.</p> <p><i>§2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave, ou se é cometido em criança ou adolescente.</i></p> <p><i>§ 3º A pena é aumentada até o dobro se, por qualquer das causas referidas no parágrafo anterior, sobrevém a morte da gestante.</i></p>
<p>Exclusão do crime Art. 128. Não há crime de aborto:</p> <p>I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;</p> <p>II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;</p> <p>III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou</p> <p>IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.</p>	<p>Exclusão do crime. Art. 128. Não há crime de aborto praticado por médico:</p> <p>I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;</p> <p>II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; <i>ou</i></p> <p>III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.</p> <p><i>§ 1º Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.</i></p> <p><i>§ 2º No caso de gestante com idade inferior a dezoito anos, ressalvada a</i></p>

	<i>hipótese do inciso I do caput deste artigo, a coleta do consentimento será precedida de avaliação técnica interdisciplinar, observados os princípios constantes da legislação especial, bem como sua maturidade, estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, devendo ser prestada toda assistência psicológica e social que se fizer necessária à superação de possíveis traumas decorrentes da medida.</i>
--	--

A primeira alteração feita no art. 128 tem por objetivo manter a redação atual do CP: para a exclusão do crime, o aborto deverá ser praticado necessariamente por médico. A importância da alteração está em que, mantendo-se a redação como está, *qualquer pessoa* poderia realizar o aborto, de modo que o risco para a gestante seria enorme se não acompanhado de todos os cuidados de um profissional com perícia para a operação.

A segunda, por manifesta inconstitucionalidade, é para a supressão da hipótese de exclusão do crime de aborto previsto no inciso IV. Com efeito, entendemos que, na prática, isso representa a legalização do aborto no primeiro trimestre de gestação, importando em inconstitucionalidade de referido dispositivo em razão da violação do direito à vida, consagrado como cláusula pétrea no *caput* do art. 5º da Carta Magna. Tal tema precisa ser enfrentado de modo sério e objetivo, de maneira serena, enfrentando a complexidade da questão e os argumentos jurídicos pertinentes à matéria, conforme razões desenvolvidas a seguir.

Direito à vida e sua proteção integral na Constituição

De imediato, é importante perceber que a proteção integral da vida e sua inviolabilidade é assegurada, de maneira expressa e inequívoca, no caput do artigo 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, englobando os princípios primeiros, estruturantes de nossa ordem constitucional.

No entanto, o inciso IV do art. 128 do Projeto de Lei nº 236/2012, ao excluir a existência de crime nos casos em que o aborto é praticado em até doze semanas de gestação, desde que haja constatação de médico ou psicólogo, acaba por submeter a vida do nascituro à vontade da mãe sem que houvesse nenhuma consequência jurídica.

Com efeito, ainda que a questão jurídica relativa à vida seja permeada de polêmicas, com alguns defendendo, inclusive, a ideia de “vida juridicamente relevante”, é preciso considerar que, em sua expressão literal, a Constituição se limita a declarar a proteção e inviolabilidade da “vida” sem adjetivos. Esse conceito, em face do seu elevado valor constitucional, não admite interpretações restritivas nem balizas temporais, especialmente quando manifesta compatibilidade entre o que determina a Constituição formal e a vontade da maioria do povo brasileiro – alma do fenômeno constitucional em sua dimensão política e sociológica, fonte maior de legitimidade democrática que não pode ser ignorada pelo legislador ordinário.

Na realidade, a expressão “vida desde a concepção” (por vezes, constantes de documentos jurídicos garantidores de direitos) não passa de redundância já que após a concepção, já vislumbra a energia vital, característica da alma apta a caracterizar um novo ser humano. Não se trata, como muitos querem fazer parecer, de um longo debate científico, ético, político ou religioso. Nenhum cientista jamais poderá afirmar que um nascituro, por mais jovem que seja, não está vivo.

No momento mesmo da concepção, já está definido todo o patrimônio genético do indivíduo, suas características físicas, aptidões intelectuais, eventuais doenças genéticas já estão, em tese, ali presentes. Trata-se já, por conseguinte, de ser indissociável de toda a humanidade que envolve a pessoa.

Considerado tudo isso, a afronta do inciso IV do art. 128, IV do Projeto de Código em lume à proteção constitucional à vida humana é ainda mais grave. Isso porque o diploma prevê a permissão até o decurso da décima segunda semana da gravidez. Com doze semanas, o bebê já possui contornadas feições humanas. Já possui olhos, nariz, boca e orelhas bem desenvolvidas. Desde o segundo mês, já conta com coração que bombeia o sangue, fígado, rins e pulmões (estes últimos ainda inoperantes).

Já possui também cérebro, e o sistema nervoso central já começou a se formar. É capaz de utilizar os seus sentidos, vê e ouve. As primeiras sensações estão presentes. Portanto, não há critério racional que permita que um feto de três meses tenha uma proteção jurídica tão baixa que seja possível matá-lo apenas pela vontade materna.

Verificando a impossibilidade biológica de se afirmar que o nascituro não é uma vida humana, ainda subsistem teses que buscam a

diferenciação entre a vida como fato biológico e a vida juridicamente relevante, propondo que o não nascido, ainda que ser humano, não se encontra na condição de pessoa humana.

Nesse sentido, Jesús-Maria Silva Sánchez, em *Os indesejados como inimigos*, destaca a tentativa de firmar a tese de que conceder direitos a um ser humano pela mera circunstância biológica de pertencer à espécie constitui irracional discriminação contra outras formas de vida animal. Por esse motivo, a noção central para o desencadeamento da proteção jurídica seria a ser vivente, entendido como o ser dotado de propriedades que o tornam sujeito moral ligado ativamente à vida. A capacidade de sentir estaria no ponto fulcral dessa caracterização. Nessa linha, as conclusões norteadoras do ordenamento jurídico seriam: i) não se pode infligir dor a nenhum ser vivo; ii) não se pode matar nenhum ser conscientemente ligado à vida; iii) pode-se matar aqueles que não tenham tal relação, desde que, para isso, não seja necessários lhes infligir dor. Portanto, o raciocínio chega à surreal conclusão de que um ser humano incapaz de sentir dor não é destinatário de maior proteção do que qualquer outra forma de vida.

O próprio Silva Sánchez mostra, de forma definitiva, o paradoxo dessa análise e suas consequências potencialmente cruéis, aptas a nos conduzir de volta ao totalitarismo no momento em que rechaça o ser humano como sujeito natural de direitos (idem, p. 144):

Parece, é claro, que a consciência de si mesmo há-de ser pressuposto da atribuição de deveres (ser “pessoa” para os efeitos da responsabilidade). Mas adoptar esse mesmo ponto de partida para a atribuição de direitos (ser pessoa para efeitos da protecção) conduz a que, junto à pessoa em si, se admita a existência de um sem-número de não-pessoas ou quase-pessoas (crianças, alienados, senis) de status questionável. Pois bem, a única forma de evitar isto é reconhecer que ‘o destinatário da obrigação é cada um dos membros da espécie humana, não os indivíduos conscientes, ainda que os responsáveis de obrigações morais sejam os sujeitos conscientes e não cada um dos membros da espécie humana.

Desse modo, fica acertado que a única posição razoável nesse debate é a de que o nascituro é, tanto quanto qualquer pessoa madura, um ser humano vivo e, havendo vida humana – ainda que em desenvolvimento e dependente da função materna - cabe ao Direito salvaguardá-la. Não é do escopo do fenómeno jurídico estabelecer uma definição própria de vida que contradiga a realidade factual, ainda mais quando a expressão “vida” constitucionalmente prevista possui um sentido histórico que se mantém atual.

A superação do positivismo jurídico em nossos dias significa exatamente que o Direito e sua linguagem não são uma dimensão isolada dos demais segmentos da realidade, especialmente quando se trata dos valores constitucionalmente contemplados. Considerar juridicamente morto quem está vivo só seria possível em um regime de arbítrio, onde a norma jurídica positiva fosse válida por si, independente de sua vinculação com a garantia dos direitos fundamentais da pessoa.

Nesse sentido, mesmo entre os que consideram que não há vida propriamente dita e que antes das doze semanas há apenas um conjunto de células dotado de elemento vital, a tarefa legislativa estaria subordinada ao princípio da proporcionalidade e, no presente caso, resta evidente que o dispositivo que se pretende revogar é desproporcional e desarrazoado.

Com efeito, o juízo de razoabilidade e proporcionalidade no Direito impõe que o legislador observe uma adequação entre os fins da lei e o meio utilizado para alcançá-lo. A isto se chama proporcionalidade interna.

Nada obstante, a proporcionalidade também pode ser externa: a adequação dos meios e fins legais aos ditames constitucionais. Nesse passo, tanto a proporcionalidade interna quanto a externa estão submetidos a três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade impõe que não haja outra alternativa melhor para alcançar o fim almejado (princípio lógico do terceiro excluído). A adequação diz respeito à eficácia do meio para atingir o fim, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito demanda uma regra de ponderação, em que se confrontam os princípios em sua dimensão de peso e importância, atribuindo prioridade na concretização de princípios mais importantes, cuja violação acarretaria maior dano à ordem constitucional.

Nesse contexto, o que se verifica é que o inciso IV do art. 128 não contempla nenhum dos requisitos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Com efeito, a não consideração do aborto como crime quando há ausência de condições psicológicas da mãe e a gestação ainda não alcançou a décima segunda semana não atende ao requisito da necessidade, uma vez que a adoção poderia ser uma alternativa para a mãe que não tem

condições de arcar o ônus de cuidar de seu filho. Mais, em um Estado Social e Democrático de Direito, cabe o acolhimento dessa gestante para que, tendo assistência social mínima, tenha condições de levar adiante a gestação.

Ou seja, a possibilidade de prestação de assistência social pelo Estado ou por entidades organizadas da sociedade civil e, se for o caso, o posterior encaminhamento da criança para adoção são medidas legais alternativas, dotadas de maior eficácia, que demonstram que a permissão para a prática do aborto não atende, em absoluto, o subprincípio da necessidade.

Em relação ao requisito da adequação, verifica-se, também, que a permissão para o aborto não é medida adequada a solucionar o problema social por trás dessa questão, bem como não aliviará o sofrimento psicológico da gestante que não possui saudáveis condições mentais.

Por esse motivo, o inciso IV do art. 128 é inconstitucional por ferir o requisito da adequação, ínsito ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, interno e externo.

Por último, em um juízo de ponderação, verifica-se, na forma prevista pelo dispositivo impugnado, a completa desproporcionalidade entre o direito fundamental à vida do nascituro – ou seja, na salvaguarda de seu elemento vital como um bem constitucionalmente protegido – e a circunstância da ausência de condições psicológicas da mãe, haja vista que:

i) os critérios de aferição dessas circunstâncias são falhos, sem parâmetros científicos;

ii) a laicidade do Estado brasileiro não significa que se pode violar o direito fundamental à vida – na sua mais pura essência de elemento vital;

iii) diferentes classificações sobre o conceito de “vida” refletem valores de grupos, sem compreender a dimensão constitucional da proteção à vida;

iv) a doutrina da proteção gradual da vida não pode se sobrepor ao fato de que a Constituição não oferece essa distinção;

v) a autonomia da mulher perante seu corpo deve ser pensada a partir de uma ética da alteridade, de modo que a ponderação entre gerar uma vida e manter sua autonomia deve ser anterior à concepção, especialmente quando o nível de informação sobre os métodos contraceptivos já é suficientemente amplo;

vi) a gravidez não é doença, ela acontece com o concurso da vontade humana – e, nesse caso, liberdade sexual rima com responsabilidade; e

vii) questões de saúde pública não podem ser enfrentadas com a simples omissão estatal em permitir a realização de abortos.

A seguir, desenvolverei melhor esses argumentos.

Da insuficiência da exigência de constatação de médico ou psicólogo para atestar a ausência de condições psicológicas para a continuidade da gestação.

A proeminência do conceito de “vida” na forma constitucionalmente prevista já seria motivo suficiente para sua proteção integral. Contudo, ao analisar a proposta normativa do inciso IV do art. 128 do Projeto, percebe-se a evidente incompatibilidade entre seus dispositivos e os mandamentos da Constituição quando o texto estatui que basta o atestado de um médico ou um psicólogo para que o nascituro perca a tutela penal em caso de ato contra sua existência.

Tal situação se torna dramaticamente relevante quando se constata que não há parâmetros claros e científicos, tanto na medicina quando na psicologia, para aferir se, efetivamente, não há condições psicológicas para que a gestante dê prosseguimento à gestação.

Sem parâmetros seguros, abrem-se as portas ao arbítrio na decisão de ceifar a vida do nascituro em desenvolvimento, de modo que a exigência prevista no dispositivo legal carece de qualquer efetividade prática. Parece, assim, apenas um instrumento retórico para legitimar a prática do aborto, disfarçando o fato de que se trata de mero ato de vontade materna.

De resto, cabe indagar se, admitindo-se uma hipótese em que estivesse comprovada a falta de condições psicológicas da mãe para arcar com a gestação, seria essa uma justificativa suficiente para fazer ceder a

proteção constitucional à vida. Não custa lembrar que a gestante não é nem será obrigada a criar o filho que gerou. A adoção é alternativa perfeitamente legítima.

Estado laico e proteção à vida

Dentro desse debate, costuma-se invocar a laicidade do Estado como argumento para legitimar a exclusão do crime de aborto, especialmente em razão da presença de grupos cristãos como entidades que se opõem à legalização dessa prática. Afirma-se que esses grupos não podem impor as suas crenças quanto ao valor e ao início da vida.

De fato, o Estado brasileiro é laico, nos termos do art. 19, I da Lei Maior. Razões religiosas não podem, por si só, vincular a atuação do poder público. Praticamente ninguém discorda disso, mesmo considerando que as crenças religiosas formam um conjunto cultural que funciona como importante fonte democrática – já que acabam retratando os valores de um povo.

No entanto, o argumento da laicidade não tem autêntica relação com a questão do aborto. A presença de vida humana desde a concepção não depende de crença religiosa. Trata-se de um fato biológico.

Uma investigação aprofundada sobre os argumentos que comumente surgem nos tribunais contra o aborto, inclusive aqueles sugeridos por instituições religiosas, revelará que, para além das questões de fé, eles procuram se circunscrever à dogmática jurídica, à ética filosófica (laica) e à ciência.

Portanto, nota-se que a invocação da laicidade estatal não pode desconsiderar as razões públicas trazidas ao debate, as quais devem ser devidamente avaliadas pelo legislador.

A proteção gradual ao nascituro

Estando assentada a inviabilidade de se negar a vida presente no nascituro, é preciso reconhecer que os argumentos mais sérios a favor da legalização do aborto não pretendem negar a proteção constitucional a ele, mas estabelecer uma proteção gradativa, de menor intensidade para o feto do que para o indivíduo nascido.

Nesse desiderato, não há dúvida de que o nosso ordenamento estabelece uma distinção de grau entre a tutela dos interesses do nascituro e os das pessoas nascidas. O nascituro não é capaz de ser titular de relações interpessoais (art. 2º do Código Civil), tendo sua expectativa de direitos resguardada.

Aqueles que se apoiam nisso para defender a constitucionalidade da prática abortiva compartilham do nosso substrato anteriormente defendido: o feto jovem está envolvido num aspecto essencial de humanidade, que lhe confere uma eticidade própria a torná-lo merecedor natural da proteção do Direito.

Da mesma forma, ainda que se aceite a tese do estabelecimento da proteção gradativa da vida humana, que varie de potência de acordo com o desenvolvimento do feto, verifica-se que o dispositivo legal que se pretende revogar não respeita qualquer critério de proteção gradual, simplesmente fixa um grau zero de defesa do nascituro no primeiro trimestre, ficando o nascituro sem nenhuma proteção. Resguardo proporcionalmente reduzido não pode ser igualado ao desaparecimento da tutela.

Proteção gradual no Direito Internacional

Daniel Sarmento, em artigo a favor da descriminalização do aborto, não se furta a lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) consagra a proteção à vida do nascimento, ao estatuir, em seu artigo 4.1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (proteção essa que nossa Constituição reconhece por força do art. 5º, § 2º).

Para defender a tese da compatibilidade entre tal dispositivo e a legalização do abortamento, Sarmento recorre exatamente ao fato de que a Convenção determinou uma proteção gradual, ou seja, não absoluta em relação ao feto. Segundo ele, o termo “em geral” indica que a disposição em lume se configura num princípio e não numa regra, na distinção de Robert Alexy. Trata-se de um mandado de otimização, que aponta teleologicamente um interesse a ser ponderado com outros interesses constitucionalmente protegidos (Daniel Sarmento, *Legalização do Aborto e Constituição*, disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 34-35).

Como já afirmado, não se intenciona, a princípio, discordar dessa ideia. Entretanto, parece ser decisiva a boa leitura da parte final do dispositivo: “Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Um recurso atento à obra de Alexy nos permite retomar sua lição de que as normas de direitos fundamentais possuem também prescrições com estrutura de regras. A função dessas prescrições é delimitar um núcleo de determinações em que dado direito fundamental está livre das exigências de princípios colidentes (*Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2ª ed, 2008, p. 139-140).

Nessa esteira, fica evidente que, se a proteção ao nascituro tem caráter de princípio, a frase seguinte do texto enuncia uma regra (“ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”), com a finalidade de salvaguardar uma esfera de proteção de interesses colidentes. Ora, o aborto volitivo está em frontal contradição com essa regra. Ele é isso mesmo, submeter a vida do feto a nenhum outro critério que não o arbítrio da mãe. O desejo materno é suficiente para matá-lo. Isso está vedado pelo Pacto não apenas em caráter *prima facie*, mas por um comando definitivo.

Apesar disso, não se pode negar que o texto integral da nossa Lei Maior parece autorizar uma ponderação axiológica entre a vida do nascituro e os interesses da mãe, notadamente o seu direito à liberdade e à autonomia. Por isso, muito embora entendamos que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda que aceite a mesma ponderação em outras situações, excluiu o aborto volitivo de suas possibilidades, não deixaremos de analisar detalhadamente, no tópico a seguir, o raciocínio de sopesamento a ser feito aqui, com o fito de provar que, nesse caso, a defesa da vida não deve ceder à liberdade materna.

Proteção à vida e autonomia da mulher

É inegável que a defesa integral da vida, diante do caso que analisamos, entra em conflito, pelo menos aparente, com o direito à liberdade da mulher grávida. Afinal, a obrigação de levar a termo a gestação restringe a autonomia da mãe de decidir sobre o seu próprio corpo. Diante desse quadro, a fim de dirimir concretamente um dilema que se dá num espaço aberto de indeterminação do ordenamento, deve ser considerado que a ponderação constitucionalmente adequada não se pode ocorrer após a concepção, mas antes dela. Isso porque, a manifestação de liberdade e autonomia sexual dos seres humanos deve ser ponderada com suas consequências antes do ato, implicando no dever de responsabilidade por suas consequências caso não se utilize os métodos contraceptivos adequados.

A gravidez que resulta de uma relação sexual forçada (estupro) já autoriza, em nossa legislação, o aborto. Por isso, é preciso considerar que, no mundo contemporâneo, da sociedade de informação e da facilidade de métodos contraceptivos, a gravidez indesejada é evitável e isso deve ser levado em consideração para pautar o debate, pois relevante o centro do problema.

Nesse contexto, ainda que se considere que há casos de adolescentes e de pessoas em situação de miséria existencial que não admite o exercício da autonomia da vontade, a simples admissão da prática abortiva a partir de um atestado médico ou psicológico, não resolve a problemática, já que as causas aí são remotas e demandam forte atuação social – pela sociedade civil e pelo Estado – para que se diminuam esses casos.

Pelo contrário, a liberação do aborto poderia conferir um “atestado de irresponsabilidade” para que cada vez mais pessoas sejam negligentes ao exercitar sua vida sexual, não tomando as medidas cabíveis para evitar gravidezes indesejadas.

Acesso à saúde pública

Existem ainda alguns argumentos levantados na tentativa de legitimar constitucionalmente a prática do aborto. O primeiro deles diz respeito à suposta violação ao direito à saúde das mulheres. Tal violação comportaria um caráter duplo: de um lado, a mulher que aborta está alijada do acesso à saúde pública, de outro, a mulher gestante não tem o direito de recorrer ao aborto quando gravidez opõe risco à sua integridade.

Esse tópico cuida do delicado quadro social em que mulheres, não possuindo o direito de abortar, são empurradas para as clínicas clandestinas, na maioria das vezes, sem condições de higiene e de segurança. Pior do que isso, mulheres de classes privilegiadas podem recorrer a locais mais seguros, enquanto as gestantes pobres são largadas em verdadeiros açougues. Abortos clandestinos, de fato, têm causado a morte de milhares de mulheres.

Não se nega a gravidade dessa situação. Igualmente, não se disputa que a criminalização não tem se mostrado eficiente para evitar abortos. Entretanto, nada disso pode levar à conclusão de que a solução é ignorar o dever inalienável do Estado de salvaguardar a vida a fim de que ele possa prover melhores condições para a violação.

Tem-se a consciência de que igualmente não é aceitável que o Estado permaneça cinicamente indiferente à grave questão social que se põe, em que mulheres mais pobres são jogadas na vala da ilegalidade, e a prática do aborto, mesmo assim, não é evitada.

Todavia, as soluções para essa situação devem estar calcadas em programas e ações sociais muito mais complexas, a serem efetivadas pelo Estado e pela sociedade civil organizada, criando um ambiente econômico e cultural que permita: fortalecer as políticas para se evitar gravidezes indesejadas; melhorar o cuidado com as gestantes; assegurar o bom atendimento da gestante durante todo o período de gestação, com acompanhamento psicológico e social; encaminhar o recém-nascido para adoção, caso se conclua que essa é a melhor solução.

Assim, em primeiro lugar, deve haver a intensificação das campanhas de educação sexual, de modo a permitir que todos tenham amplo acesso à informação nessa matéria, incluindo as formas de prevenção contra gravidezes indesejadas.

Em segundo lugar, urge um estímulo à adoção, que passa, antes de tudo, pela sua desburocratização, a facilitar que casais que desejam ter filhos possam contribuir na recepção de crianças indesejadas (mas que, por serem indesejadas, jamais perdem seu direito à vida).

Em terceiro lugar, é necessário uma ênfase na vigilância contra a prática clandestina de abortamentos, que dê fim à hipocrisia de vistosas clínicas de aborto funcionando sem maiores dificuldades, garantindo, assim, que mulheres de todas as classes fiquem afastadas dos riscos do aborto clandestino (ação preventiva que falta atualmente, quando gestantes abastadas não sofrem nenhuma consequência, e a criminalização é guardada para as mais pobres quando algo dá errado).

Em quarto lugar, ainda como medida profilática, devem-se intensificar ações amplas de cuidados com as gestantes, que garantam a todas o acompanhamento da gravidez de forma a resguardar a sua saúde e a de seu nascituro, com o devido acompanhamento e encaminhamento à adoção, se for o caso.

Infelizmente, esse último tipo de atuação pública vem sendo rechaçado no Brasil pelo movimento feminista. Podemos nos lembrar, recentemente, da onda de protestos contra a medida do governo de criar um cadastro nacional de gestantes, exatamente com o fito de combater a

mortalidade feminina. Tal espécie de postura mostra que esse movimento não se preocupa realmente com a vida ou com a saúde das gestantes e, muito menos, de seus filhos, apenas com o discurso vazio da emancipação e da autoafirmação, em que o “direito ao aborto” serve à retórica político-ideológica e não à efetiva atuação contra a mortalidade de gestantes.

Risco à saúde física e psíquica

Uma segunda reclamação daqueles que invocam o direito fundamental à saúde para justificar a autorização do aborto é que, na legislação atual, o procedimento só é admitido quando houver perigo iminente de morte da gestante, e não nos demais casos em que a gravidez representar riscos para a sua saúde física e psíquica.

É de se perguntar se essa objeção tem algum sentido concreto. O que é uma gravidez que apresenta riscos à saúde da mulher? Em tese, toda a gravidez, por comportar mudanças biológicas de alta monta no corpo feminino, apresenta algum risco à saúde. Não estamos expostos a riscos à saúde todo o dia? Existe alguma possibilidade de a gravidez deixar sequelas permanentes na saúde da gestante? Ante o avanço em que se encontra a medicina atualmente, qual é a intensidade desses “riscos” para legitimar a eliminação de uma vida em desenvolvimento? Em que circunstâncias uma gravidez pode apresentar riscos à integridade psicológica da mulher?

Até hoje, não há respostas sólidas a essas questões, o que vem demonstrar que esse argumento se vale de categorias discursivas genéricas (“riscos à saúde física e psíquica”) sem se preocupar com a dimensão concreta dos conceitos que propõe.

Dignidade da pessoa humana: liberdade e igualdade

Outro eixo argumentativo levantado a favor do aborto evoca a dignidade da pessoa humana, apontando a necessidade de respeito, para a mulher, às dimensões da liberdade e da igualdade.

Nesse sentido, Sarmiento aponta que a autonomia é fundamento nuclear da dignidade da pessoa humana. Em suas palavras: “A matriz desta ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em

princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade” (op. cit., p. 43).

No entanto, é preciso considerar que, para que a dignidade da pessoa humana possa ser utilizada corretamente como argumento, é preciso uma investigação filosófica de seu embasamento como fundamento ético do Direito.

O conceito de dignidade da pessoa humana, concebido pelo cristianismo (que nos deu, pela primeira vez, a ideia de humanidade), se tornou fundamento da ética liberal a partir de Immanuel Kant, filósofo que ergueu a modernidade, sua moral secular e seu fenômeno jurídico racional comprometido com a ideia de direitos humanos universais. Somente a partir da linguagem kantiana pode-se entender o significado de tal conceito.

É verdade que, em Kant, deduz-se a dignidade imanente ao indivíduo por intermédio da sua liberdade. No entanto, essa liberdade não pode ser entendida como ausência de obstáculos para se fazer o que se quiser. Trata-se, aqui, de liberdade em sentido moral, em que autonomia significa autolegislação ética. Se é verdade, como Sarmento percebeu, que “a matriz desta ideia é a concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão”, a consequência, na filosofia kantiana, é que a liberdade existe no indivíduo porque ele é capaz de, racionalmente, deduzir princípios éticos universais que devem nortear suas ações.

O ser humano é digno porque age livremente, porém, agir livremente não é agir segundo os desejos (para Kant, os desejos nos escravizam porque não os controlamos racionalmente), mas agir segundo uma máxima autoimposta, para cuja construção não concorreu nenhum fator empírico externo. Em suma, só existe autonomia quando a própria ideia de dignidade (de cada pessoa humana como um fim em si mesmo) é o único motor da ação individual, absolutamente indiferente a impulsos ou vantagens futuras (*Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 64-65. Cf. também Michael J. Sandel, *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011, p. 140 e seguintes).

Considerado esse pressuposto teórico, o exercício da liberdade e da autonomia, enquanto decorrentes da dignidade da pessoa humana, demandam um sujeito racional que realiza um ato voluntário – podendo prever e evitar suas consequências, no caso, a gravidez indesejada.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito deve ser invocada para que o ordenamento jurídico se valha de todas as formas para impedir que o indivíduo seja instrumentalizado pela vontade alheia e não tratado como um fim em si mesmo, mas não pode sê-lo para legitimar um ato que coloca a vontade empiricamente condicionada acima da lei moral autônoma.

Daí porque a violação da dignidade humana reside no próprio fato de instrumentalizar o nascituro para suprir vontade alheia, fazendo de objeto, de meio. Esta é a contradição. Se não há dúvidas de que viola a autonomia do indivíduo o Estado se arrojar de guia moral dos cidadãos, a institucionalização de uma prática que comporta violência ao outro, não pode se calcar na dignidade humana.

Indiscutivelmente, esse conceito traz como consectário a liberdade (agora, em sentido vulgar) de que cada um deve gozar para eleger seus próprios caminhos em direção à felicidade. Entretanto, na matriz kantiana, o homem só é digno da felicidade quando obedece às leis morais da sua própria razão e somente a elas¹.

Está, dessa maneira, reafirmada a necessidade de uma compreensão mais aprofundada dos fundamentos filosóficos que concebem a dignidade da pessoa humana e suas dimensões jurídicas. Do contrário, a noção de dignidade perde o seu conteúdo concreto e se torna apenas estratégia de marketing a favor de qualquer discurso politicamente orientado.

Igualdade

Muitos defensores da legalização do abortamento relacionam a faculdade de abortar ao direito fundamental à igualdade. Isso porque à mulher é dado um ônus imensuravelmente maior do que ao homem, qual seja, o de carregar o filho no ventre por nove meses. Esse fato traria como consequência que a mulher se encontra em injusta desigualdade de deveres em relação ao cuidado com os filhos, o que lhe restringe fortemente a autonomia.

¹ Não é demais recordar o famoso adágio kantiano: “a lei moral não é também propriamente a doutrina que nos ensina como nos tornamos felizes, mas, sim, como devemos chegar a ser dignos da felicidade”. (KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. e prefácio de Afonso Bertagnoli. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/razaopratica.html#40>. Acessado em 00h10min de 17/09/2012).

O raciocínio não é procedente. A igualdade jurídica, mesmo tomada devidamente em sentido material, jamais pode pretender constituir-se numa igualdade absoluta, perfeita em todos os aspectos imagináveis. Homens e mulheres equivalem-se, mas, por sua própria natureza, não são idênticos. O imperativo constitucional (art. 5º, I) é que sejam igualados em direitos e obrigações, não que subvertam a ordem biológica para fazer magicamente desaparecer as diferenças decorrentes do gênero.

Mulheres possuem a qualidade de engravidar, homens não. Isso é um dado natural, do mundo dos fatos, absolutamente alheio ao Direito. Não pode o ordenamento desproteger os nascituros para igualar aquilo que a natureza fez desigual. A justiça distributiva exige que pessoas em condições diferentes sejam tratadas diferentemente na exata proporção de sua desigualdade.

Por isso, deve assistir as mulheres uma série de garantias especiais que a auxiliem na tarefa mais penosa de preservar a vida do filho, como amplo acompanhamento médico durante a gestação e direitos como licença-maternidade. O que não tem qualquer relação com o justo ou com o razoável é a tentativa de forjar uma igualdade suprema à custa da instrumentalização do feto para esse fim, o que, como já assentado, viola a ideia básica de dignidade da pessoa humana.

Além disso, cumpre jogar um olhar atento sobre a noção de igualdade material, a fim de verificar que ela, de forma nenhuma, se cumpre com a legalização do aborto. A igualdade material exige a superação da velha concepção, atrelada ao liberalismo clássico, de igualdade simplesmente perante a lei.

Para que haja autêntica igualdade, o Estado deve atuar positivamente de modo a garantir a todos as mesmas condições de usufruir de seus direitos e de sua liberdade. A igualdade deve, em suma, perceber-se no plano dos fatos (e isso não se confunde com a equivocada pretensão de que o Direito crie uma nova ordem natural). Assim, no quadro das injustas desigualdades sociais, os menos privilegiados devem receber prestações do Estado de forma a garantir sua dignidade e seu lugar na sociedade.

Nessa esteira, reconhece-se que a subsistência de seculares preconceitos machistas colocam a mulher em posição desfavorecida em relação ao homem. Da mesma forma, diante da realidade brasileira, é difícil negar que, em especial, é grande vítima do sistema a mulher pobre,

negra, mãe solteira. Essa personagem, tão largamente encarnada em milhões de brasileiras, tem contra si todas as roldanas da nossa estrutura social.

Entretanto, outra figura encontra-se em situação ainda pior: o filho nascituro dessa mulher. Absolutamente incapaz de se defender, além de esperar a duríssima realidade que vitima tantos iguais a ele, não é querido por ninguém, nem mesmo pela própria mãe. De tão vulnerável, sua própria sobrevivência está submetida à vontade alheia. Eis o mais fraco em todas as relações. Eis quem o Direito também deve proteger. O Estado brasileiro está em falta com as mulheres miseráveis, mas lhes conceder o direito de suprimir a própria existência dos únicos indivíduos em situação mais dramática não é, sob um ponto de vista lúcido, promoção da igualdade material.

No caso em questão, o discurso social de legitimação, tanto no âmbito jurídico quanto no político-ideológico, está claramente monopolizado pela realidade da mulher e de seus direitos. O nascituro e sua realidade dentro do sistema são cada vez mais coisificados por uma ideologia que vem se tornando dominante em todo o mundo. Discursos sobre o nascituro, que nunca o tratam como “outro-sujeito”, mas como objeto de justificação, corriqueiramente o qualificam de “coisa”, “amontoado de células”, “algo que não é vida”.

Diante desse quadro, é papel fundamental do Estado de Direito barrar a proliferação dessa linguagem totalizante que não respeita eticamente o outro e pretende torná-lo meio para a consecução de seus fins legitimados. Não pode ser outro o compromisso axiológico de um ordenamento eticamente fundado.

Por fim, algumas vozes do movimento feminista objetam à argumentação acima apresentada que a relação a ser considerada não é isoladamente aquela entre mãe e filho, mas também entre a mulher e o homem, entre a mulher e toda a sociedade na qual ela luta para encontrar o seu lugar.

Nesse sentido, Ruth Bader Ginsburg, ex-advogada feminista nos EUA e atual juíza da Suprema Corte aponta que:

o conflito (no caso do aborto) não é exclusivamente entre os interesses do feto e os interesses da mulher, estritamente concebidos, nem se resume à ampla questão Estado versus particular, em referência ao controle sobre o corpo da mulher por nove meses. Também na balança

está o poder de autonomia da mulher sobre o curso da sua vida (...), a sua capacidade de posicionar-se em face do homem, da sociedade e do Estado como cidadã independente, autossuficiente e igual (apud SARMENTO, op. cit., p. 50).

É cruel e cínica a afirmação de que a mulher deve ter o direito de abortar para “posicionar-se em face do homem, da sociedade e do Estado como cidadã independente, autossuficiente e igual”. Será que é mesmo permitido a um Estado de Direito um tamanho desprezo pela vida humana? Ao ponto de o poder sobre a vida e a morte de outro ser uma forma de autoafirmação e de independência? É aceitável o discurso de que a mulher se afirma como cidadã quando a sua vontade basta para que o filho seja eliminado? “Não estou obrigada a respeitar a existência do meu filho, se não quiser criá-lo. Se for a minha vontade, mato-o. Sou uma cidadã autônoma”. Trata-se de um discurso sério a favor da independência da mulher como agente social e política ou mera retórica panfletária a ser repetida acriticamente por soar bem aos ouvidos politicamente corretos como “defesa das minorias”? Tudo aponta para a segunda alternativa.

Tendo em vista o exposto, foi retirado o inciso IV do art. 128 do Projeto de Código para a garantia do respeito integral ao direito à vida previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Outra alteração que propomos é a de trazer o tipo de esterilização forçada (art. 185) do Capítulo que trata dos crimes contra a liberdade sexual para incluí-lo no rol dos crimes contra a pessoa, logo após a previsão do delito de aborto.

II. 3.2.2. Das lesões corporais

Segue quadro com as propostas de alteração para o art. 129:

Lesão corporal Art. 129. Lesão corporal grave em primeiro grau § 1º Se resulta: I – incapacidade para as ocupações habituais por mais de quinze dias; Lesão corporal grave em terceiro grau § 3º Pena – prisão, de três a sete anos.	Lesão corporal Art. 129. Lesão corporal grave em primeiro grau § 1º Se resulta: I – incapacidade para as ocupações habituais por mais de <i>uma semana</i> ; Lesão corporal grave em terceiro grau § 3º Pena – prisão, de <i>quatro a oito anos</i> .
--	---

ANEXO B



www.abraceh.org.br
 Caixa Postal 106.075, Niterói, RJ CEP 24.230-970
CNPJ 07.754.218/0001-80
 Associação com finalidades não econômicas

ABRACEH - ASSOCIAÇÃO DE APOIO AO SER HUMANO E A FAMÍLIA

Brasília, DF, 20 de novembro de 2012.

Exmo. Senhor Presidente do Senado Federal José Sarney.

A ABRACEH-ASSOCIAÇÃO DE APOIO AO SER HUMANO E À FAMÍLIA reúne milhares de apoiadores em todo o Brasil, vem por meio desta, solicitar a Vossa Excelência que acolha as sugestões abaixo para a tomada das providências necessárias a sua execução:

I – DEZ SUGESTÕES PARA O PL 236/2012, REFORMA DO CÓDIGO PENAL:

1ª. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PENSAMENTO, OPINIÃO, E DE CRENÇA NO DEUS CRIADOR DOS CÉUS, TERRA E TUDO O QUE HÁ, QUE CRIOU O SER HUMANO DO SEXO MASCULINO E DO SEXO FEMININO: queremos que sejam reconhecidos como tipos penais o cerceamento da liberdade de crer em Deus, de expressão, de pensamento e de opinião;

2ª. IDENTIDADE DE GÊNERO e ORIENTAÇÃO SEXUAL: não estamos de acordo com privilégios para pessoas por motivo de gênero e orientação sexual; a pessoa é quem deve ser protegida e não a identidade de gênero e nem a orientação sexual; os crimes contra o ser humano devem ser punidos igualmente para todos, independente de sexo, gênero, orientação sexual ou qualquer outra diferença individual; a pena deve aumentar quando o crime for praticado contra o indefeso ainda em formação (nascituro), a criança e o adolescente (pessoas em processo de desenvolvimento). Por estas razões, solicitamos a retiradas de tais expressões do corpo da proposta do novo Código Penal;

3ª. NASCITURO: não concordamos com o ABORTO em nenhuma hipótese, pois Deus é o Senhor da vida e da morte. Queremos que a VIDA seja garantida desde a CONCEPÇÃO e seja considerado crime, o ABORTO, em qualquer fase, sem exceções;

4ª. CRIANÇAS E ADOLESCENTES: por razões culturais não podemos concordar que sejam praticadas violências contra crianças e os adolescentes, independente de etnia, religião ou cultura; que o crime de estupro seja punido com maior severidade na infância e na adolescência; que crianças e adolescentes não sejam expostos a materiais pornográficos e nem os que estimulem a atração pelo mesmo sexo; que sejam punidos com maior rigor os que favorecem ou envolvem crianças e adolescentes com drogas, tráfico e ações criminosas;

5ª. PORNOGRAFIA E PROSTITUIÇÃO: pornografia, prostituição e crime organizado estão interligados. São os adultos que costumam produzir, comercializar e distribuir materiais pornográficos que chegam às mãos das crianças e dos adolescentes, inclusive. Deverão ser tipos penais a produção, comercialização, distribuição e veiculação da pornografia sob a forma gráfica, virtual, divulgada na mídia e também nas apresentações ao vivo ("manifestações culturais"). A produção e comercialização de materiais pornográficos estimulam a prostituição e o seu incentivo. Não concordamos com a comercialização do corpo do ser humano em nenhuma hipótese. Não estamos de acordo com a profissionalização da prostituição e nem com a manutenção de casas para esta finalidade;

6ª. DROGAS: não concordamos com a liberação das chamadas drogas ilegais (maconha, cocaína, heroína, crack e outras) e nem com a liberação desregulada das drogas consideradas legais (tabaco e álcool), porta de entrada para a busca das drogas ilegais, conforme declaração

dos técnicos em tratamento de dependentes químicos. Álcool e tabaco também causam a dependência física e psicológica. Seus danos fisiológicos constituem problema de saúde pública e social. É sabido que o tabaco tem correlação estreita com o câncer e, o álcool, além de danos fisiológicos com o seu uso desmedido, são os responsáveis pelos acidentes no trânsito, violências domésticas e sociais, igualmente as drogas ilegais. Que sejam criminalizados também o porte e a produção das drogas ilegais, ainda que para uso próprio;

7ª. EUTANÁSIA e SUICÍDIO ASSISTIDO: recebam as mesmas penas que o homicídio;

8ª. CRIMES DE BIOSSEGURANÇA: não concordamos com a revogação dos crimes da Lei de Biossegurança;

9ª. TERRORISMO: não concordamos com exceções para o crime do terrorismo;

10ª. ORGANIZAÇÕES NACIONAIS, INTERNACIONAIS, GOVERNAMENTAIS OU NÃO: que receberem ou enviarem verbas para a estimulação, sugestão e incitação dos crimes previstos na ordenação jurídica brasileira, deverão ser enquadrados nos crimes contra a humanidade, contra a população brasileira, crime de ódio contra a cultura da nossa nação.

II – CERCEAMENTO DE DIREITO:

Considerando os termos do arts. 3º, IV e 5º, VI, IX, XIII, XIV da CF/88, que nos assegura o direito de:

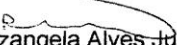
- a) **PENSAR, (liberdade de consciência);**
- b) **EXPOR NOSSAS IDÉIAS, (liberdade intelectual e científica);**
- c) **E AJUDAR OS QUE QUEREM SER AJUDADOS, (liberdade de trabalhar, ou fornecer informações à sociedade);**
- d) **SEM SERMOS DISCRIMINADOS POR ISTO. (liberdade e igualdade perante a lei, sem discriminações).**

Em anexo a esta, documento que vem sendo entregue à Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados Federais, por ocasião da Audiência Pública e votação do PDC 234/2011. A protagonista da situação em pauta é presidente da ABRACEH, que desde 1999, vem sendo desqualificada em seu exercício profissional devido a posicionamento científico diferente do seu Conselho Profissional, e por acreditar em Deus, professar a fé evangélica, por possuir valores cristãos. Foi censurada pelo seu conselho profissional em 2009, fato este veiculado em todos os meios de comunicação, incluindo sua entrevista publicada nas páginas amarelas da Revista VEJA. Os seus opositores continuam desencadeando processos contra a sua pessoa visando a sua cassação profissional. Paralelamente, a este cerceamento de direito, teve que deixar de exercer a profissão que investiu durante toda a sua vida devido as ameaças quanto a sua integridade física. Esta carta também foi postada no blog: <http://rozangelajustino.blogspot.com>

Solicitamos a intervenção de Vossa Excelência, de forma que a aprovação do PDC 234/2011 ocorra ainda este ano na Câmara dos deputados e no Senado Federal, colocando ponto final neste cerceamento de direito do exercício profissional, que inclui o cerceamento da liberdade de pensamento, expressão, opinião, religiosa, trabalhar e fornecer informações à sociedade, sem discriminação.

Desde já agradecemos a atenção de Vossa Excelência, colocando-nos à disposição para qualquer outro esclarecimento e informação necessários.

Atenciosamente,


Missionária Rozangela Alves Justino
Presidente da ABRACEH

ANEXO C

Reinilson Prado dos Santos

De: Sen. Pedro Taques
 Enviado em: terça-feira, 28 de agosto de 2012 15:13
 Para: Reinilson Prado dos Santos
 Assunto: Gabinete do Senador Pedro Taques - Sugestões ao PLS 236 de 2012 - Código Penal

De: RégisGama . [mailto:regiscgama@hotmail.com]
 Enviada em: segunda-feira, 13 de agosto de 2012 19:35
 Para: Sen. Pedro Taques
 Assunto: FW: POVO DE MT - URGENTE! Reforma do Código Penal
 Prioridade: Alta

Prezado senador Taques, tenho recebido e-mails neste contexto, sou discípulo do Senhor Jesus Cristo e não creio que o senador queira o mal pra família como está posto neste e-mail. Não estou fazendo pressão como pede o autor, pois acredito no bom senso do senador que buscará democraticamente relatar o direito de todos com equidade. Fui seu eleitor e pretendo ser em 2014. Que Deus te ilumine com sabedoria e conhecimento e te encha da Graça e do Amor pelo poder da ressurreição. Não temas, seja forte e corajoso. Deixo este texto bíblico para que o senador medite sobre ele: **Romanos 13**

- 1 Todo homem esteja sujeito às **autoridades** superiores; porque não há autoridade que não proceda de Deus; e as autoridades que existem foram por ele instituídas.
- 2 De modo que aquele que se opõe à **autoridade** resiste à ordenação de Deus; e os que resistem trarão sobre si mesmos condenação.
- 3 Porque os magistrados não são para temer, quando se faz o bem, e sim quando se faz o mal. Queres tu não temer a **autoridade**? Faze o bem e terás louvor dela,
- 4 visto que a **autoridade** é ministro de Deus para teu bem. Entretanto, se fizeres o mal, teme; porque não é sem motivo que ela traz a espada; pois é ministro de Deus, vingador, para castigar o que pratica o mal.

From: claudinetemesquita@hotmail.com
 Subject: POVO DE MT - URGENTE! Reforma do Código Penal
 Date: Mon, 13 Aug 2012 02:21:33 +0000

Atenção povo do MT, o relator é do Estado de vocês. Diga para o Senador Taques que o seu eleitorado não votará nele se aprovar em seu relato da reforma do Código Penal o crime de homofobia, aborto, eutanásia, terrorismo, pedofilia, ... Vocês precisam exercer pressão em cima deste senador e a arma é o voto dos seus eleitores. Vejam abaixo a reunião em que participei:

O presidente do Senado José Sarney e Senadores que trabalham em prol da cultura da morte estão querendo aprovar a reforma do Código Penal ainda este ano (PLS 236/2012).

O assessor parlamentar, Paulo Fernando, disse mais ou menos o seguinte: a reforma do CP levou 72 anos, juristas levaram 7 meses trabalhando para apresentar o projeto para a reforma e o Senador Taques, quer fazer o relatório para a aprovação em 7 dias. Na verdade, entendemos que tal relatório já se encontra pronto. Está tudo armado



para a aprovação do Novo Código Penal onde estarão apensados, PLC 122/2006, e outros cujos temas fazem parte de algum artigo da pauta do Novo Código Penal.

Isto significa que devemos nos preocupar muito com a aprovação deste Código conforme proposta dos juristas, onde o aborto, a eutanásia, a pedofilia, o crime de homofobia, o terrorismo, a plantação de maconha e outras atrocidades estão para ser aprovados no Brasil.

Sugerimos que a sociedade civil faça pressão para que os Senadores não aprovem tal reforma tão rapidamente. Precisamos apresentar aos Senadores dos nossos Estados sugestões para as emendas ao projeto, até o dia 4 de setembro. Os cidadãos brasileiros provida família que tem formação em direito, principalmente, precisam dar a sua contribuição de forma que a vida humana e a família brasileira, constituída segundo os princípios cristãos sejam protegidas.

Saimos ontem, às 21 horas, da reunião da Comissão Especial do Senado para analisar tal projeto e a próxima reunião será na terça-feira. Precisamos orar e agir, rapidamente!

Advogados cristãos, igrejas, está na hora de apresentarmos sugestões e conversar com os Senadores dos nossos Estados, URGENTE!

Rogamos a Deus as Suas misericórdias para a nossa nação!

Missionária Rozangela Alves Justino



ANEXO D



SENADO FEDERAL
PRESIDÊNCIA

OF. Nº 757/2012-PRESID.

Brasília, 21 de novembro de 2012.

A Sua Excelência o Senhor
Eunício Oliveira
Presidente
Comissão de Reforma do Código Penal
Senado Federal, Ala Alexandre Costa, Sl. 03
70165-900 Brasília-DF

Senhor Presidente, *Eunício Oliveira*

Encaminho a Vossa Excelência solicitação da Liderança Evangélica Brasileira, representada pelo Bispo Manoel Ferreira, Presidente da Conamad – Convenção Nacional das Assembleias de Deus no Brasil Ministério Madureira, pelo Deputado João Campos, Presidente da Frente Parlamentar Evangélica, e por outros Parlamentares e Líderes evangélicos, recebidos em audiência na Presidência do Senado, em 20 de novembro de 2012.

Trata-se de sugestões ao Projeto de Lei nº 236/2012, que cuida da reforma do Código Penal Brasileiro, em tramitação nessa Comissão, e de documento intitulado *Carta Aberta da Liderança Evangélica Brasileira ao Senado Federal*, em que a comunidade evangélica manifesta sua posição a respeito da matéria.

Agradeço a atenção dispensada a esse assunto e transmito-lhe meu cordial abraço,

José Sarney
Senador **José Sarney**
Presidente do Senado Federal

CARTA ABERTA DA LIDERANÇA EVANGÉLICA BRASILEIRA AO SENADO FEDERAL

Os líderes evangélicos do Brasil, representantes das denominações, convenções, igrejas e movimentos cristãos juntamente com os Deputados Federais e Senadores da República, membros da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional - FPE e com a Associação dos Parlamentares Evangélicos do Brasil - APEB, reunidos na cidade de Brasília, na data de 30 de agosto de 2012, firmam a presente **CARTA ABERTA AO SENADO FEDERAL**, dirigida ao Presidente do Senado, Senador José Sarney, ao Presidente da Comissão de Constituição e Justiça, Senador Eunício de Oliveira, ao Relator da Reforma do Código Penal, Senador Pedro Taques e à sociedade brasileira de forma geral, manifestando posição e preocupação quanto ao PLS 236/2012, que versa sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro. Assim o fazem por acreditar que nenhuma lei pode violar o direito à vida, à dignidade humana e à liberdade religiosa (Art. 5º. Caput, art. 1º, III e art. 3º, IV, da Constituição Federal) como se pretende em algumas das propostas constantes no referido Projeto de Lei do Senado.

Do reconhecimento da necessidade da Reforma do Código Penal Brasileiro

Os signatários deste documento reconhecem a necessidade da atualização e reforma da legislação penal brasileira para que venha contemplar as diversas modalidades de crimes não previsto no atual Código Penal e ainda se adequar as atuais e reais necessidades da sociedade brasileira, e assim garantir a todo cidadão mais segurança e aplicação da Justiça.

Neste sentido cumprimos e celebramos a iniciativa do Senado Federal em propor a necessária e imprescindível reforma do Código Penal Brasileiro.

Da preocupação e do repúdio às propostas apresentadas no PLS 236/20012

O PLS 236/2012 traz em seu bojo propostas que violam o direito à vida, que cerceiam o direito constitucional fundamental de liberdade de consciência, crença e culto, além da flagrante inconstitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa. Encontramos no texto proposta que ferem os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da livre expressão do pensamento, os princípios da personalidade e proporcionalidade da pena, da liberdade de iniciativa, da continuidade no serviço público, bem como proposta que colocam em risco a integridade física e psicológica de crianças e adolescentes.

Entre as propostas apresentadas repudiamos veemente:

1) A descriminalização do aborto (art. 128)

Acreditamos que o aborto é ato de extermínio de uma vida humana e que a livre interrupção da gravidez é uma afronta à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que define que *"todo o indivíduo tem direito à vida"* (artigo 3º), e à Constituição Brasileira, que tem como cláusula pétrea, o seu artigo 5º, definindo como garantia fundamental a inviolabilidade do direito à vida; bem como o artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é país signatário.



CARTA ABERTA DA LIDERANÇA EVANGÉLICA BRASILEIRA AO SENADO FEDERAL

Registramos ainda que nossa posição encontra eco na sociedade, visto que o povo brasileiro tem se expressado, em sua esmagadora maioria, ser contrário ao aborto e a favor da vida.

Acreditamos que não existe aborto sem morte, pois o aborto é, por essência, a eliminação da vida de uma criança em gestação. Para negar isso, fazem-se malabarismos com a lógica para tentar mostrar que não se trata (ainda) de um ser humano. A tese é insustentável, e por isso os defensores do dito “direito ao aborto” tem pavor das imagens desses pequenos bebês de apenas poucos centímetros, mas já visivelmente humanos, movendo-se em vídeos na internet ou esfaçalhados pelos instrumentos usados no aborto. Ninguém gosta de ver estas últimas imagens, mas elas constituem um eficaz “choque de realidade”. Qualquer criança identifica ali um semelhante.

E, certamente, é a ciência (e não a religião) que demonstra que ele é um ser vivo, em desenvolvimento, dependente da mãe para sua nutrição, mas totalmente diferenciado dela. Os embriões já têm a sua própria carga genética, única, estabelecida na sua concepção. Já está definido, nesse momento, se é menino ou menina, a cor dos olhos e dos cabelos, e até tendências de temperamento. A própria ciência determina que um profissional formado para cuidar da saúde humana, um médico, acompanhe o desenvolvimento dessa nova vida desde o início.

Alegar que descriminalizar o aborto evitaria morte materna é argumento que não se sustenta e que rejeitamos, pois as mortes maternas em decorrência do aborto estão muito abaixo dos números que geralmente são apresentados no debate. Recentemente, a ONU afirmou se tratarem de 200 mil por ano, no Brasil. O próprio Ministro da Saúde veio a público negar esses números. O site do DataSUS permite-nos ver os dados reais, que no ano de 2.010 foram os seguintes: faleceram no Brasil **486.045** mulheres; os óbitos de **mulheres em idade fértil – por todas as causas – somam 66.323**. Destes, **os devidos à gravidez, parto ou aborto foram 1.162**. Restringindo-nos apenas a aborto, temos **83** mortes. Portanto, o aborto corresponde a 7% das mortes maternas, 0,1% das mortes de mulheres em idade fértil, e 0,017% das mortes de mulheres em geral.

Rejeitamos a proposta do artigo 128 do PLS 236/2012 também por acreditarmos que a legalização do aborto não favorece a saúde da mulher, e isso também pode ser demonstrado com estudos científicos.

2) Da regulamentação da eutanásia

Embora em tese a eutanásia seja proibida, deixar para o juiz a possibilidade de não puni-la, abre perigosíssimas possibilidades para a realização desse crime. Os filhos e parentes de uma pessoa doente podem ter estreitos laços de afeição, mas são também seus herdeiros diretos. Valham como exemplo os tristes casos de assassinato dos pais pelos filhos, ou a seu mando, que temos visto nos últimos anos.

O atual Código de Ética Médica, recentemente reformulado, diz:
É vedado ao médico:

...

Art. 66 - Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.



CARTA ABERTA DA LIDERANÇA EVANGÉLICA BRASILEIRA AO SENADO FEDERAL

A mudança proposta, portanto, não atende a desejo da classe médica, nem da população brasileira, que consideram antiética a eutanásia, em qualquer caso.

Tememos que com a regulamentação da eutanásia as maiores vítimas no Brasil sejam os idosos pobres e desamparados.

3) A ilicitude do crime considerando práticas culturais que colocam em risco a vida e a dignidade sexual (art. 36)

Não aceitamos que o Código Penal deixe de prever punição para os crimes motivados por questões culturais que violem o direito à vida, à integridade física e à dignidade sexual de crianças, mulheres e adolescentes.

4) Da legalização das casas de prostituição (Art. 189)

Descriminalizar a exploração de casas de prostituição no Brasil contraria atos internacionais dos quais o Brasil é signatário com o compromisso de combater o lenocínio, o tráfico e a exploração de mulheres;

A proposta, da maneira como se apresenta, só beneficia os traficantes, os proprietários de casas de prostituição e aqueles que se favorecem com a comercialização do corpo de crianças e adolescentes, muitas vezes com pouco mais de 12 anos de idade.

Somos ainda contra esta proposta, por entendermos que o quadro negativo da prostituição não envolve apenas o sacrifício da integridade pessoal. A atividade é tradicionalmente acompanhada de outras práticas prejudiciais à sociedade, como os crimes de lesão corporal e de tráfico de drogas.

5) Da descriminalização das drogas (Art. 128)

Somos contra a descriminalização das drogas, pois liberar seu uso é passar a impressão equivocada de que o consumo de drogas não é perigoso ou arriscado, o que poderá levar a um significativo e assustador aumento no número de usuários, visto que as drogas legalizadas possuem mais consumidores do que as drogas ilícitas, conforme nos esclarece os dados do SENAD de 2005, de que 75% (setenta e cinco por cento) da população já experimentou bebida alcoólica, enquanto menos de 9% consumiu maconha.

Entendemos que a descriminalização do uso de drogas trará, dentre várias outras consequências, conflitos para as famílias, pois os filhos usuários, livres para comprar a droga, mas sem poder usá-la em via pública, deverão fazer uso dentro de seus lares. Entendemos que o uso dessas drogas dentro de casa enfraquecerá o poder familiar visto que os pais estariam sob o dilema de permitir que seus filhos usem drogas dentro de casa ou levá-los à cadeia ao forçá-los a consumi-las fora.

CARTA ABERTA DA LIDERANÇA EVANGÉLICA BRASILEIRA AO SENADO FEDERAL

6) Da diminuição da idade para tipificação dos crimes sexuais contra vulnerável (Art. 186)

Ao propor que seja considerado estupro de vulnerável apenas quem mantiver relação sexual com pessoa que tenha até doze anos de idade, o novo Código Penal abre as portas para facilitação da pedofilia e do abuso sexual de crianças e adolescentes.

Entendemos que uma criança, seja menino ou menina, com menos de 14 anos de idade, não esta pronta física e psicologicamente para o início da atividade sexual.

A proposta causou espanto e revolta na sociedade, pois os pais, os profissionais da área da saúde e os educadores não foram ouvidos. Mantê-la é caminhar na contra mão na defesa dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil.

REQUEREMOS

Mediante todo exposto, requeremos que a reforma do Código Penal tramite nas Casas de Lei sem a pressa que a ela vem sendo aplicada e que seja amplamente discutida, de forma democrática, com todos os segmentos da sociedade.

A liderança Evangélica Brasileira, a Frente Parlamentar Evangélica, a Associação Nacional dos Parlamentares Evangélicos colocam-se a disposição do Senado Federal para ajudar no debate e na construção de um Código Penal que represente uma legislação que atenda aos anseios da sociedade e que garanta a todo cidadão brasileiro a segurança e proteção almejada sem que outros direitos sejam violados.

Brasília, 30 de agosto de 2012.

Nome:	<i>forge Luiz Carlos Dutra</i>
Assinatura:	<i>forge</i>
Cargo/Instituição:	<i>Porton, CIMEB Getsemani, BH</i>
Nome:	<i>Daniel W. O'Brien</i>
Assinatura:	<i>Antônio Luiz Berman</i>
Cargo/Instituição:	<i>061-3457200</i>

ANEXO E**EMENDA Nº AO PLS Nº 236, DE 2012 – SUPRESSIVA**
(De autoria do Senador Tomás Correia)

Suprima-se o §1º do art. 127 do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, estatui que é garantida “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”, e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (ao qual parte da doutrina confere força de norma constitucional, ao passo que o STF confere-lhe *status* normativo supralegal), de forma mais enfática, assevera que “*toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida*”, sendo que “*esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção*” e que “*ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*” (artigo 4, item 1).

O direito à vida, maior bem concedido aos homens por Deus, deve ser amplamente protegido pelo Estado, punindo-se penalmente, e de forma adequada, aqueles que decidirem por violá-lo. E por sem o bem mais valioso, sua violação deve ser apenada com mais rigor do que a violação de outros bens jurídicos. Afinal, a pena cominada o crime “*de um lado, fundamenta e constitui a hierarquia material dos valores penalmente protegidos e, de outro, a hierarquia das formas de tutela de um mesmo interesse, em relação às diversas modalidades de agressão*”¹.

O texto do Projeto, porém, parece dar mais importância à integridade física do indivíduo do que à sua própria vida. Com efeito, o dispositivo em questão prevê uma causa de aumento de pena para aqueles que, ao praticarem o aborto sem o consentimento da gestante, causarem má formação do feto sobrevivente. Isto é, se o feto morrer, a pena é de quatro a dez anos; se, todavia, ele sobreviver, mas com alguma má formação, a pena é aumentada de um a dois terços!

¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 156

Subsecretaria de Apoio às Comissões
Especiais e Parlamentares de Inquérito
Recebido em, 25 / 09 / 2012
Às 16:35 horas.
Keny Cristina R. Martins
Analista Legislativo

Estimula-se, portanto, aquele que decidir praticar esse abominável crime a fazê-lo de forma a não dar chances à sobrevivência do feto. Afinal, se o feto sobreviver, sua pena será maior! Incentiva-se, portanto, a prática do aborto efetivamente fatal ao nascituro.

Não há qualquer sentido para a manutenção dessa causa de aumento, que se mostra absurda por conceder um maior valor à integridade do feto do que à sua própria vida, motivo pelo qual se propõe a presente emenda.

Sala da Comissão,



Senador TOMÁS CORREIA

ANEXO F



CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL

Brasília-DF, 29 de junho de 2012
P – C – Nº 0655/12

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Senador(a)
Renan Calheiros

Dirigimo-nos a V. Exa., legítimo(a) representante do povo brasileiro, que o(a) elegeu para interpretar e defender seus direitos, na certeza de contarmos com a sua atenção no momento em que desejamos expor-lhe algumas de nossas preocupações, sabendo da sua vocação para a vida pública e da sua sensibilidade social, cultivada em anos de serviço ao bem comum.

Nos últimos tempos, têm sido apresentadas propostas de lei ou estão sendo tomadas decisões pelos Poderes Públicos brasileiros que ameaçam ou agredem a vida humana e o bem comum. Recordemos algumas situações:

- o STF liberou o aborto de crianças portadoras de anencefalia;
- o Congresso Nacional prepara-se para discutir o Projeto de Reforma do Código Penal, que inclui, entre suas normas, a legalização do aborto, da eutanásia, da profissão de prostituto/a, entre outras;
- o Ministério da Saúde está elaborando um modo de “diminuir os danos” à saúde da mulher, provocados por abortos clandestinos, legitimando e amparando, de fato, a realização do aborto, embora pela legislação vigente este seja crime;¹
- outras propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional ameaçam descaracterizar a família brasileira.

Além disso, não podemos deixar de registrar, de uma longa lista de problemas que afetam a família brasileira, dois fatos que estão a ultrajar a consciência de nossa sociedade, que reputamos civilizada:

- centenas de adolescentes e de jovens, toda semana, perdem a vida por causa da violência provocada pelas drogas;
- São alarmantes as situações de violência que, em ambientes domésticos, afetam crianças, mulheres, idosos de ambos os sexos, e agora também homens adultos.

Políticas públicas em lugar do aborto

Não é verdade que liberar o aborto é uma exigência de saúde pública para salvar a vida das mulheres que fariam aborto em condições precárias. Ao contrário, políticas públicas devem proteger a mulher grávida em situação de risco, a fim de aliviar o drama que a pressiona a arriscar a vida praticando aborto clandestino.

O tema aborto coloca-nos graves questionamentos: será necessário garantir às mulheres a liberdade de decidir a respeito da vida em gestação no próprio ventre? Como é possível reconhecer esse pretensão direito da mulher, suprimindo ao nascituro o direito a nascer, a ele que é o ser mais inocente e indefeso? Que liberdade é essa que, para se afirmar, exige a destruição de outros seres humanos?

Então, não é verdade que constitui atitude muito mais digna e humana a mãe acolher e deixar nascer o filho, mesmo que portador de grave anomalia (por exemplo, anencefalia), amando-o intensamente, do que eliminar seu bebê para garantir maior bem-estar para si?

O que está acontecendo na sociedade brasileira?

Muitos pensavam (alguns ainda pensam) que a sociedade moderna não mais precisaria de religião e que as novas gerações poderiam realizar-se e conseguir sucesso e bem-estar mais agilmente, ignorando a luz de Cristo e a sabedoria do Evangelho, bem como o ideal da vida fraterna e da caridade, que respeita e acolhe o outro. O aumento vertiginoso da violência, no entanto, atesta que essa maneira de pensar não passa de uma falácia.

Em nossos tempos, acha-se desvalorizado o entendimento segundo o qual o homem e a mulher encontram realização e felicidade fazendo o bem sincero de si para o bem e a felicidade de outros, até com o sacrifício próprio, seja na família, na vida consagrada, na profissão ou na política (cf. Jo 10, 25; 15, 13; Lc 17, 33). Prevalece, agora, a primazia conferida ao bem-estar individual, mesmo com o sacrifício de outros seres humanos (a decisão do STF relativa aos anencéfalos confirma e sela essa postura).

Infelizmente, e de maneira errônea, a vida humana está sendo avaliada pelos critérios da utilidade e da qualidade (isto é, do bem-estar meramente individual). Segundo essa concepção - que tanto valoriza a expressão “qualidade de vida” -, a vida humana, considerada mais uma mercadoria do que algo sagrado, pode ser descartada quando dos outros exigir tempo e despesas.

¹ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1100945-governo-estuda-adotar-medidas-de-reducao-de-danos-para-aborto-ilegal.shtml>



ANEXO G

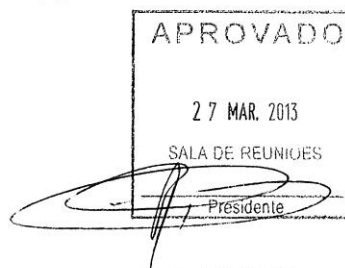


CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS

Estado de São Paulo
www.camaracampinas.sp.gov.br

MOÇÃO Nº 102/13

Senhor Presidente,



EMENTA: MOÇÃO DE REPÚDIO AO PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO, nº 236 DE 2012 DE AUTORIA DO SENADOR JOSÉ SARNEY, QUE TRATA DA REFORMA O CÓDIGO PENAL.

Lamentável e inacreditável sermos mais uma vez surpreendidos pela falta total de informações ao povo brasileiro, muito especialmente quando se trata de segurança e direito, que se consubstancia do projeto da reforma do Código Penal, atualmente em fase de apresentação de Emendas.

Muitas são as alterações que se pretendem introduzir, muitas delas alterando valores atuais de nossa sociedade, ou invertendo a importância das relações da sociedade.

Como exemplo, posso citar que segundo a linha ideológica do PLS 236/2012, o ser humano vale menos que os animais. A omissão de socorro a uma pessoa (art. 132) é punida com prisão, de um a seis meses, ou multa. A omissão de socorro a um animal (art. 394) é punida com prisão, de um a quatro anos. Conduzir um veículo sem habilitação, pondo em risco a segurança de pessoas (art. 204) é conduta punida com prisão, de um a dois anos. Transportar um animal em condições inadequadas, pondo em risco sua saúde ou integridade física (art. 392), é conduta punida com prisão, de um a quatro anos. Os ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre não podem ser vendidos, adquiridos, transportados nem guardados, sob pena de prisão, de dois a quatro anos (art. 388, §1º, III). Os embriões humanos, porém, podem ser comercializados, submetidos à engenharia genética ou clonados sem qualquer sanção penal, uma vez que ficam revogados (art. 544) os artigos 24 a 29 de Lei de Biossegurança (Lei 11.101/2005). Sou defensor da vida, seja ela humana ou animal, mas a inversão proposta no âmbito das penalidades é inconcebível.

Outro ponto que me causa inquietação é que, atualmente comete estupro de vulnerável quem pratica conjunção carnal com menor de 14 anos (art. 217-A, CP). O projeto baixa a idade: só considera vulnerável a pessoa que tenha “até doze anos”. Isso vale para o estupro de vulnerável (art. 186), manipulação ou introdução de objetos em vulnerável (art. 187) e molestamento sexual de vulnerável (art. 188). Deixa de ser crime manter casa de prostituição (art. 229, CP) ou tirar proveito da prostituição alheia (art. 230, CP). Quanto ao favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável, a redação é ainda mais assustadora: só será crime se a vítima for “menor de doze anos” (art. 189). Deixa de ser crime, portanto, a exploração sexual de crianças a partir de doze anos.

M





CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS

Estado de São Paulo
www.camaracampinas.sp.gov.br

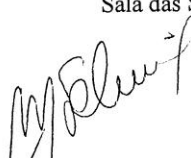
Todos aqui conhecem minha luta em favor da vida e contra o aborto. Pois bem, relativamente ao aborto, o projeto reduz ainda mais as penas já tão reduzidas. O aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, atualmente punido com detenção de um a três anos, passa a ter pena de prisão de seis meses a dois anos (art. 125). O terceiro que provoca aborto com o consentimento da gestante, atualmente punido com reclusão de um a quatro anos, passa a sofrer pena de prisão de seis meses a dois anos (art. 126). Se o aborto for provocado sem o consentimento da gestante, o terceiro é punido com prisão, de quatro a dez anos (art. 127). Curiosamente, ele recebe um aumento de pena de um a dois terços se, “em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente” (art. 127, §1º). Esse parágrafo parece ter sido incluído para estimular o aborteiro a fazer abortos “bem feitos”, evitando que, por “descuido”, ele deixe a criança com vida e má formada.

As maiores mudanças, porém, estão no artigo 128. Ele deixa de começar por “não se pune o aborto” e passa a começar por “não há crime de aborto”. O que hoje são hipóteses de não aplicação da pena (escusas absolutórias) passa a ser hipóteses de exclusão do crime. E a lista é tremendamente alargada. Basta que haja risco à “saúde” (e não apenas à “vida”) da gestante (inciso I), que haja “violação da dignidade sexual” (inciso II), que a criança sofra anomalia grave, incluindo a anencefalia (inciso III) ou simplesmente que haja vontade da gestante de abortar (inciso IV). Neste último inciso o aborto é livre até a décima segunda semana (três meses). Basta que um médico ou psicólogo ateste que a gestante não tem condições “psicológicas” (!) de arcar com a maternidade.

Devemos valorizar a vida, desde sua concepção até seu término e atitudes como a encontrada neste questionável Projeto de Lei, vem de encontro com a valorização da vida e de diversos valores cristãos.

Diante do exposto, apresentamos nossa **MOÇÃO DE REPÚDIO** ao Senado Federal na figura do Senador José Sarney, para que seja revista o Projeto ora repudiado e que do deliberado seja encaminhada cópia para o Senhor Presidente do Senado Federal.

Sala das Sessões, 26 de Março de 2013.


JORGE SCHNEIDER
Vereador - PTB



ANEXO H

Reinilson Prado dos Santos

De: Sen. Pedro Taques
Enviado em: segunda-feira, 24 de setembro de 2012 16:22
Para: Reinilson Prado dos Santos
Assunto: Gabinete do Senador Pedro Taques - Sugestões ao PLS 236 de 2012 - Código Penal

De: s.sabella [mailto:s.sabella@bol.com.br]
Enviada em: sábado, 22 de setembro de 2012 05:43
Para: Sen. Pedro Taques
Assunto: Aborto

São Paulo, madrugada de 22 de setembro de 2012.

Dia de São Tomás de Vilanova, - Deo gratias - o qual possuía uma concepção inteligente de piedade, de forma que, embora desse esmolas, procurava solucionar estrutural e definitivamente a pobreza, mediante a redenção ativa da mesma, dando trabalho aos pobres. Assim, fazia frutificar suas esmolas. A respeito disto escreveu:

“La limosna no sólo es dar, sino sacar de la necesidad al que la padece y librarla de ella cuando fuere posible”

Excelentíssimo Senador da República

Doutor Pedro Taques,

Este texto, que apresento a Vossa Excelência, foi originalmente publicado em pedaços sem revisão no Youtube – TvTaques, no vídeo sobre o aborto, sugerindo-vos argumentos e exibição de vídeos nas próximas audiências públicas:



É o amor à verdade que estabelece o dogma que nutre a moral nesta exata ordem. Não por coincidência, quando em 1965, a Igreja Militante de Jesus Cristo abriu-se para o culto do homem, a decadência moral acelerou-se.

Mas, para opinar-se sobre o aborto, a base argumentativa é filosófica, e não necessariamente moral como para nós católicos. Basta ver os vídeos disponíveis na web para horrorizar-se. Por favor, Senador, divulgue-os nessas audiências públicas.

Apesar da alta tecnologia disponível para ver o que aconteceu a partir da fecundação do óvulo por um espermatozoide, a qual é impossível reprodução em laboratório, isto é, fora do útero, Aristóteles [século IV a.C.], um pagão do ponto de vista católico, explicou muito bem seu sistema filosófico fundamentado na teoria da potência e ato a iluminar esse nosso tema: o que é o zigoto, senão a potencialidade de um ser humano exclusivo, o qual só acontece uma vez? O que é a alma, digo eu, senão a potencialidade da fecundação óvulo/espermatozoide?

Portanto, ao matar um zigoto, não cometemos apenas o ato de matar um zigoto irrepetível, mas sim também condenamos a alma desse zigoto.

A inteligência é a capacidade natural do homem para captar a realidade. Daí, temos a definição do homem como animal racional. Sem o racional, sobra só o animal. Mas, o homem sem razão, - sem inteligência, é pior que um animal, porque a esse resta como capacidade máxima os seus instintos que o guiam para seu fim último.

Veja, estimado Senador, até agora falo apenas de lei natural.

Legalizar atos anti-naturais é estupidez a romper o pouco que resta de inteligência às nossas mentes. Essas palavras foram proferidas no sermão dominical p.p. por Padre Méramo.

Por fim, sei que há outros mecanismos públicos já instituídos e aceitos pela sociedade brasileira para proteger gestantes e fetos e também para precaver-se de ambos.

Grata pela vossa atenção, subscrevo-me



Cordialmente,

Sandra Regina Sabella

São Paulo, São Paulo.

P.S. - num ato evidentemente falho, Vossa Excelência falou da possível incapacidade da mulher gestante arcar com a paternidade.

Deu-me muito o que pensar, mas fica para outra madrugada, tá?

